ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE

ROMANO ED ITALIANO

LEZIONI

DETTATE NELLA UNIVERSITÀ DI NAPOLI

DAL CAV. GAETANO FOSCHINI

Consigliere d' Appello — Professore di diritto

NAPOLI

Editore ERNESTO ANFOSSI, Libraio

Vico Campane Donna Albina, 12, 1° piano di fianco alla Posta

PASQUALE PERRONE Libraio Coeditore

1882

Digitized by Google

PREFAZIONE

La lettura della Logica del diritto del nostro insigne Pescatore mi ha fatto sorger l'idea del libro, che presento. Egli vorrebbe che lo studio del diritto cominciasse non dal romano, ma dal moderno, risalendo dall'uno all'altro con processo logico, e traducendo ad ogni fase ed in ogni parte le forme, le idee, il linguaggio romano, nelle forme, nelle idee, nel linguaggio corrispondenti al diritto nello stato attuale, e raffrontandone così una ad una le istituzioni (Logica del diritto — nota 2.ª, pag. 54).

Vidi poi che il Pacifici-Mazzoni nell'ultimo volume ch'egli pubblicò poco prima della sua immatura morte, raccomandava vivamente l'esame della opinione del Pescatore, frutto di lunga meditazione e di esperienza (Istituzioni vol. I. edizione 3, Introduzione — nota 57, pag. LXXIII).

Ma cominciare dal diritto vigente per risalire al romano, non si può, perchè la legge scolastica lo vieta, e in Italia, pare che, almeno fino ad ora, sia buona ogni libertà meno quella dell'insegnamento.

D'altro canto, dovendosi aver cognizione di una determinata linea, è indifferente cominciare dall'un punto per arrivare all'altro, o dall' altro all'uno. Invece tutta la difficoltà consiste nel percorrerla e nel trovar modo a soddisfare ai requisiti proprii di una Istituzione, cioè alla brevità, all'ordine, ed alla chiarezza.

Se per tutti i punti di diritto si dovesse esporre un processo, che ne indichi la fase dal diritto vigente al romano o viceversa, e se dovessero poi vedersi le differenze di forme, d'idee, di linguaggio, e darne minuta ragione, il lavoro certamente sarebbe assai bello, ma non risponderebbe più alla brevità, che è propria di un' opera elementare.

Invece è possibile farne una la quale si mantenga in limiti ristretti per il diritto romano e per il vigente, e tocchi le fasi prin-

Digitized by Google

cipali. L' interessante è che l'uno e l'altro diritto riescano compiuti nella esposizione degli elementi, e presentino tale un insieme concatenato d' idee che non si abbia poi un contrasto nella mente del giovine. Così, pongasi, ad esempio, la teoria della patria potestà, quale grave differenza non esiste tra il diritto romano ed il vigente? I due sistemi sono tra loro diametralmente opposti, ma lo svolgimento successivo avutosi in tal parte dopo i tempi romani rende piana e facile la cognizione del diritto vigente.

Lo stesso dicasi per gli atti dello stato civile, per le servitù, per le ipoteche ecc.

L' obbiettivo che si deve aver di mira è che lo studio delle Istituzioni comprenda e il diritto romano e il diritto vigente, che il giovine abbia contemporaneamente sott' occhio gli elementi dell'uno e dell' altro, che s'impossessi all' un tempo dell' antico sistema e del novello, cosicchè egli vegga ben presto il mondo giuridico in cui si trova, e sappia dar ragione del mondo giuridico romano, e dell' anello di congiunzione tra essi, almeno nei punti principali.

Fissato l'obbiettivo, resta a vedere i modi per raggiungerlo bene.

In quanto al metodo non è dubbio che debba procedersi col metodo sistematico, contemperato ma molto parcamente con l'esegetico, dappoichè la vera esegesi va fatta con lo studio delle fonti, che è bene cominciar dal primo anno, come ne dà esempio qualche dotto professore, che a cagion d' onore mi piace nominare, cioè il Semeraro.

Ma la questione non è di metodo, invece è di fondo, è di sostanza.

Veramente la scuola italiana, e antica e moderna, non ha fatto mai quistione sulla sostanza di un libro di Istituzioni, e non vi è stato mai alcuno che avesse preteso, che un tal libro debba ridursi a profili storici, ovvero a generalità, che vanno a finire nel vuoto.

Ma vi è qualche straniero, più o meno naturalizzato in Italia, il quale fa ogni sforzo per inoculare i suoi erronei concetti, senza voler credere alla realtà del fatto che gli studenti giungono poi assai deboli alla vita attiva, e forse e senza forse debbono cominciar da capo lo studio dei principii di diritto, ne' quali sta il nerbo della scienza legale.

Egli crede invece che si possa fare a meno di un sistema lucido e compiuto dei principii, e che tutta la scienza legale consista nella rigorosa esposizione storica, da cui i principii, a suo giudizio, dovrebbero emanare, e che invece vengono a confondervisi in modo da produrre oscurità anche in quelli che posseggono la dialettica più acuta e che conoscono profondamente la dottrina giuridica. Crede

Digitized by Google

inoltre che la scienza del diritto possa consistere anche in quella parte generale e nebulosa che finisce per sperdersi all' occhio della mente.

Però il genio italiano non è fatto per codeste intemperanti astruserie, e pruova se ne ha nel magistero e nell'arte che si trovano nei responsi dei nostri grandi avi, cioè dei giureconsulti Romani, i quali erano chiari ed esponevano le loro idee con tutta precisione, brevità, e lucidezza.

È questo il luogo di dirne qualche parola, poichè, rispettando sempre l' opinione altrui, si può senz' alcuna esagerazione chiamar FATALE lo studio del diritto fatto a quel modo.

Di vero, è certo che gli elementi della scienza del diritto sono tre, cioè il dommatico il filosofico e lo storico.

Il dommatico è senza dubbio la parte principale, perchè ogni scienza deve avere il suo obbietto, e l' obbietto nella scienza giuridica è la *cognizione* de'rapporti di diritto, e i rapporti si fondano sulla idea di diritto che connette i termini, e tale idea è il principio di diritto.

La parte filosofica e la parte storica debbono irradiare e ravvivare la parte dommatica, ma con que' certi limiti che la logica suggerisce.

La filosofia dà viva luce al principio di diritto, e la storia lo fa quasi toccar con mano. — Ma se mai si dia troppo campo alla *filosofia* accade che il sentimentalismo giuridico fa perdere il sentimento della semplicità del diritto, e se si faccia prevalere la parte storica si va incontro a un doppio danno, cioè il principio resta smarrito e quasi affogato, sicchè riesce difficile e talvolta impossibile rintracciarlo e formarsene un' idea netta, e inoltre si cade nel metodo esegetico, non essendo molto conciliabile la esposizione storica con la sistematica.

Questo disse, e disse assai bene, il rimpianto Padelletti nella prima pagina della prefazione della Storia del Diritto Romano.

« I trattati d'Istituzioni non potranno perder mai il carattere dom-
« matico e sistematico, nè la mescolanza che si è tentata da molti
« di esposizione sistematica e storica, mi sembra aver raggiunto mai
« una vera unità organica ».

V'hanno di quelli troppo abituati alla scuola storica, e che non veggono nel diritto altro che la storia, e rifiutano ostinatamente qualunque libro di diritto che dalla storia non parta e alla storia non torni.

V'hanno degli altri, abituati per converso alla scuola filosofica, e che niente veggono di buono se non è nuovo sotto l'aspetto filoso-

Digitized by Google

fico, e non trascini con larghe generalità una massa immensa di rapporti di diritto, i quali in definitiva restano indistinti e confusi.

Tutti gli sforzi si son fatti e si fanno per combinare assieme le due scuole storica e filosofica, si dice che vi si sia finalmente riusciti, ma, io a dire il vero (o forse m'inganno), non lo veggo. — Sia pur fatto il connubio, tra le due scuole, ma si vuole sì o no pensare che la scienza del diritto non è costituita soltanto dall' elemento storico e dal filosofico, sibbene ancora dal dommatico? Che la scienza del diritto abbia poi queste tre parti, non credo che siavi alcuno che possa impugnarlo.

Lo disse già il Vico, ed è poi certo che la filosofia e la storia concorrono a determinare e a render precisa l' idea di diritto, il principio, la verità giuridica, come voglian chiamarsi, ma i principii di diritto non hanno poi finalmente tanto bisogno di esser soccorsi e puntellati ad ogni passo e dalla filosofia e dalla storia, per la ragione semplicissima che la scienza del diritto è nel fondo scienza morale. Lo studio della filosofia del diritto e della storia del diritto feconderanno la mente del giovine, ma questi deve principalmente avere le idee di diritto, e le Istituzioni hanno per obbiettivo precisamente di formargli la mente legale, cioè d'imprimergli nella mente in tante piccole punte tutta quanta la vasta ed intrigata tela giuridica. — Nelle Istituzioni il precipuo pensiero dev'esser quello di acquietar l' animo a quelle verità primitive le quali si offrono spontanee alla sua cognizione diretta, e dalle quali discende ogni legislazione della vita morale e giuridica, di penetrare nella natura dei diversi istituti, di costituirne il sistema logico e razionale, di disegnarne i principii, e di dedurre da' principii le conseguenze. — Toccare i punti storici e specialmente i momenti di evoluzione, rischiarare con la filosofia i punti più salienti, e offrire con essa qualche nuovo punto di vista, è ottima cosa, ma costringere alcuno ad andar quasi col lumicino a ricercare i principii in mezzo a storiche esposizioni, ovvero menarlo in mezzo a nubi di generalità ove resta smarrito senza conoscere alcuna cosa di preciso, è cosa che non può certo approvarsi.

Fortunatamente codesti estremi difettosi non sono della scuola italiana, la quale si è sempre mantenuta e si mantiene nel giusto mezzo. A compiacersene basta prender per mano i bei lavori del Serafini e dei Doveri per le Istituzioni di Diritto Romano e del Pacifici-Mazzoni per le Istituzioni di Diritto Civile.

Questo mio libercolo non è più che un debole conato della grande idea del Pescatore, ripetuta dal Pacifici-Mazzoni. — Esso è diretto esclusivamente a'giovani, i quali vi troveranno compendiate le prin-

Digitized by Google

cipali nozioni del diritto civile romano ed italiano, e spero che riesca a facilitare lo studio delle leggi a chiunque sta per intraprenderlo, e a presentare un riepilogo degli studii fatti a chi ne sia giunto al termine.

Il lavoro però esce ora disadorno e rozzo, e quasi senza citazioni di richiamo alle fonti. Perciocchè i giovani carissimi che assistono alle mie lezioni ne han voluto la stampa, ed anche il Libraio editore ha avuto le sue pretensioni, per la condizione che ha inteso apporre di mettere in commercio il libro che io avea destinato soltanto ad uso di quelli.

Ad ogni modo, se il pubblico mi sarà benigno per questo lavoro, come mi è stato per gli altri, procurerò di abbellirlo e più che altro di fornirlo di citazioni, essendomi ora mancato il tempo di riscontrar bene ciascun appunto che ho ne'miei manoscritti, pressato come sono dalla stampa che si fa ogni giorno subito dopo ciascuna lezione.

Digitized by Google

PROLEGOMENI DI DIRITTO

§ 1. Tutto il corso d' Istituzioni di diritto si distingue in due parti, e queste sono: i prolegomeni, cioè le prenozioni generali di diritto, e la trattazione propria dell'intima dottrina di ciascuno istituto.

§ 2. I prolegomeni sono necessarii per adagiare la mente degli studiosi alla cognizione del soggetto che si accingono ad apprendere avendo la mente umana bisogno di comprendere prima il tema o il prospetto, per quindi analizzarlo con ordine, e poi ricomporlo, onde ottenere i risultati finali.

Premessa perciò una idea della scienza giuridica, e datasi la definizione del diritto, vedremo perchè al *jus* dei Romani risponda il *diritto* degli Italiani. Esamineremo poi il diritto come facoltà e come norma. Essendo la giustizia il fine del diritto, e determinandosi il diritto nei fatti occorrenti mediante la giurisprudenza, il cui officio principale è la interpetrazione, svolgeremo brevemente codesti tre punti. Le fonti e gli effetti del diritto, i sistemi nella partizione della materia, e una idea generale delle Istituzioni di diritto, porranno termine ai prolegomeni, i quali vánno distinti nei tredici seguenti punti.

1. Idea della scienza giuridica.

Digitized by Google

2. Definizione del diritto.
3. Jus dei Romani — Diritto degli Italiani.
4. Diritto come facoltà.
5. Diritto come norma.
6. Giustizia.
7. Giurisprudenza.
8. Interpetrazione.
9. Fonti del diritto positivo.
10. Effetti del diritto positivo.
11. Cenni sulla compilazione del Corpus juris, sulla vita di Giustiniano, e sulle posteriori vicende del diritto romano.
12. Sistemi nella partizione delle materie di diritto.
13. Idea generale delle Istituzioni.

§ 3. Ma quì ci è d' uopo fare una doppia dichiarazione.

La prima è che pe' prolegomeni, come per ogni altra parte che tiene alla generalità del diritto, è assolutamente indispensabile adoperare nelle Istituzioni la brevità. « In un corso d' Istituzioni (dice « il Savigny, Diritto Romano, Libro 2, Capo I, § 58) è buono di « giungere a' particolari il più presto possibile per iniziar l' uditore « alla intelligenza concreta di esse. In un corso di Pandette si pos- « sono invece permettere più generalità, senza tema che l' uditore « non fosse nello stato d' interessarsene o di comprenderle ». Per quanto io vi abbia pensato sopra, ed abbia veduto praticamente con l'insegnamento di più lustri, la idea del dotto Professore tedesco è esattissima perchè la mente del giovine non si presta nel primo anno universitario a quelle ampie vedute, cui può giungere soltanto allora che egli abbia già in qualche modo sviluppata la sua intelligenza giuridica. D'altro canto dovendosi il corso d'Istituzioni compiere in breve tempo, la maggiore estensione della parte generale andrebbe a scapito della speciale, e questa riuscirebbe di necessità difettosa e monca. E ciò menerebbe al gravissimo inconveniente che quando i giovani non posseggono tutti quanti gli elementi del diritto, si trovino poi con enormi vuoti nella mente, e molto a disagio nello studio delle Pandette, del Codice, e della Procedura civile. Ne' prolegomeni perciò saremo brevi, senza tralasciare di darne idea completa e chiara.

La seconda è che, a nostro credere, la parte storica deve bensì esser toccata, ma soltanto in alcun punto e per quanto tiene al carattere di evoluzione, rimandando pel rimanente gli studiosi a un libro di pura storia, per la quale giova specialmente il chiarissimo Padelletti. Le Istituzioni mal si prestano alla unità organica di dom-

Digitized by Google

ma e di storia, perchè, per riuscire pienamente intelligibili e appaganti le menti de' giovani, debbono esporsi per sistema, e i due sistemi della logica del diritto e della storia non possono essere identici. Che se pure quella unità fosse possibile, le lezioni dovrebbero essere molto estese e tali che il giro di un anno scolastico, ed anche di due, riuscirebbe affatto insufficiente.

Digitized by Google

I.

Idea della Scienza giuridica

§ 4. Ogni scienza è cognizione di rapporti, *cognitio per caussas* come dicevano gli antichi, ed ogni scienza deve avere un proprio obbietto. La scienza giuridica ha per obbietto il *jus*, cioè il diritto, e si riduce alla *cognizione sistematica dei rapporti di diritto*.

§ 5. Poco è a dire per la *cognizione sistematica*. — La cognizione deve aversi per via di dimostrazione di verità giuridiche, anzichè di precetti legislativi. Il sistema deve essere rigoroso e completo, in modo che le regole da un canto debbono formare un tutto unito, concatenato e solido, e d'altra parte debbono estendersi a tutte le posizioni e relazioni nelle quali il diritto opera.

§ 6. Quanto poi ai *rapporti di diritto*, è d'uopo avvertire che la parola *rapporto* indica l'atto di riferire una entità ad un'altra, e il suo corrispondente astratto è propriamente l'idea di *relazione*. Onde il rapporto suppone sempre non la unicità, ma la pluralità delle entità, ciascuna delle quali forma un termine del rapporto medesimo. Distinto così il rapporto dai termini che deve avere, è facile discernere che il rapporto consiste nelle concezioni della mente nate dalla percezione simultanea delle entità avvertite, vale a dire consiste nelle idee intermedie eccitate in noi dalla connessione di due o più termini. Annunciare un rapporto è lo stesso che assumere una idea relativa, la quale indivisibilmente unisce nello stesso concetto due o più termini cui essa si appoggia. Quando la idea unisce i termini in un concetto di diritto da una parte, e di dovere corrispondente dall'altra, si ha il rapporto di diritto, il quale sempre e in ogni evento ripassa tra una persona e il mondo a lei esteriore. Cosicchè il rapporto di diritto consta di due elementi, cioè: 1. della relazione fra due o più termini, costituiti da una persona e dal mondo a lei esteriore. 2. della idea di diritto e di dovere che si connette a tale relazione. Prendansi ad esempio i due rapporti di diritto derivanti dalla proprietà e dalla patria potestà. Per la proprietà i termini sono tre, cioè il proprietario, la sua cosa, ed ogni altra persona che sia al mondo; e l'idea di diritto che vi si connette, è che il proprietario ha il diritto di disporre e godere a suo piacere della cosa, e ogni altra persona ha il dovere di rispettarlo. Per la patria potestà i termini sono due, cioè il padre e il figlio, e l'idea di diritto che vi si connette è che, specialmente fino a quando il figlio non abbia raggiunto un pieno sviluppo fisico e intellettuale, il padre ha il di-

Digitized by Google

ritto alla protezione, alla difesa e alla cura assoluta e continua del figlio, e questi alla sua volta ha il dovere della obbedienza e della soggezione.

§ 7. Avutasi così una idea dei rapporti di diritto, conviene avvertire che questi sono di doppio ordine, cioè gli uni (de'quali sin qui abbiamo discorso) sono fissati in ipotesi dalla legge, e gli altri sono creati dall'uomo col contatto ch'egli ha col mondo esteriore. I rapporti di diritto stabiliti dalla legge son lettera morta, e vengono a prender vita mediante i fatti dell'uomo, il quale quando agisce mette in movimento or l'uno, or l'altro dei rapporti di diritto dalla legge determinati. Così, l'uomo prende moglie, e sorge il rapporto di diritto proprio tra marito e moglie; essi generano figliuoli, e si ha il rapporto di diritto tra genitori e figli.

Ma tra i rapporti stabiliti dalla legge e quelli creati dall'uomo vi è doppia differenza. La prima sta in ciò che i rapporti di diritto stabiliti dalla legge sono ipotetici e normali, ed anzi prendono il nome d'*istituti di diritto* allora che sono raccolti negli sviluppamenti successivi e messi in ordine come ad un punto concentrico, vale a dire allora che vengono raccolte le norme proprie di un rapporto principale, il quale ne ha altri subordinati e dipendenti; e così tutti i rapporti di diritto tra marito e moglie e che sono molto svariati, come vedremo a proprio luogo, formano l'*istituto del matrimonio*, tutti i rapporti di diritto tra padre, madre, e figli, e che sono bene estesi, formano l'istituto della *patria potestà*. Invece i rapporti di diritto creati dall'uomo mediante il contatto col mondo esteriore sono, a dir così, tutta vita, sorgono da singoli fatti giuridici, e stanno in perfetta corrispondenza coi rapporti di diritto stabiliti dalla legge. Di vero, se ogni rapporto di diritto è costituito, come abbiamo detto innanzi, dalla relazione fra due o più termini, e dall'idea di diritto che vi si connette, non è possibile che si abbia un rapporto di diritto creato dall'uomo senza che vi sia un fatto, e non è possibile l'idea di diritto senza ricorrere ad una norma legislativa, cioè ad una norma compresa nei rapporti di diritto fissati dalla legge. E così, ad esempio, pongasi il rapporto di diritto per la compravendita: il fatto che costituisce la relazione fra i due termini sta nel consenso tra i contraenti, e la idea di diritto che vi si connette sta nei rapporti di diritto fissati dalla legge, la quale impone al compratore di pagare il prezzo, al venditore di consegnare la cosa, di garentirla ecc.

La seconda differenza tra i rapporti di dritto stabiliti dalla legge e quelli creati dall'uomo, mediante il contatto col mondo esteriore sta nella proporzione, perchè i primi rappresentano un sistema molto esteso e compiuto, e i secondi vengono dal fatto dell'uomo impicciolito, e son determinati dalla specie.

Digitized by Google

§ 8. Distinti a tal modo nettamente i rapporti di diritto stabiliti dalla legge e quelli creati dal fatto dell'uomo, si vede che la scienza giuridica consiste nel conoscere razionalmente per sistema quei primi rapporti, e tale sistema appellasi anche *teoria*. Alla teoria si oppone la *pratica*, la quale ha doppio senso: l'uno è l'applicazione della teoria ai rapporti di diritto messi in movimento dai fatti dell'uomo, materia nobilissima perchè ha la sua voeazione nel ridestare or l'uno or l'altro degi' istituti di diritto ed applicarli con viva luce alla vita reale; il secondo senso è il meccanismo, cioè la forma degli atti.

§ 9. Il punto relativo ai rapporti di diritto è molto delicato, e dobbiamo ancora meglio schiarirlo per riguardo alla idea di diritto che unisce indissolubilmente e connette i termini della relazione.

Cotesta idea che ha tanta forza di ligare i due termini in un concetto di diritto da una parte e di dovere corrispondente dall'altra, prende il nome di *principio di diritto*.

Ed è necessario averne una idea netta perchè nella Cattedra e nel Foro sempre si sente ripetere la frase, *principii di diritto*.

Un principio non è altro che una idea considerata nell'attitudine che ella ha di essere applicata, e l'attitudine si rivela in diritto nella regola che concilia i due termini del rapporto di diritto. Laonde i principii di diritto sono regole di ragione derivanti dalla essenza e relazione delle cose, per le quali regole l'idea di diritto viene a conciliare i termini di un rapporto di diritto. Diconsi principii perchè il punto che costituisce il principio diventa primo.

Ora può intendersi la bella frase con cui gli antichi enunciavano qualunque scienza, cioè *cognitio per caussas*, cui corrisponde la frase odierna, che è più filosofica, *cognizione di rapporti*, come abbiamo cennato nel § 4. Il principio che concilia i termini in un rapporto di diritto e che fissa i diritti e i doveri rispettivi, è la causa efficiente, è la ragione determinante dei diritti e dei doveri; onde al principio suol darsi il nome di *verità giuridica*, perchè la verità in tutte le scienze altro non è che la cognizione dei rapporti fra le cose; ed al diritto suol darsi il nome di *ragione*, usando le locuzioni di *ragion civile*, *ragion penale* ecc., perchè il diritto alla fin fine non è altro che una ragione direttrice.

L'ordine di connessione con cui sono disposte le cognizioni chiamasi *metodo*, e tutto il complesso delle verità metodicamente ordinate appellasi *sistema*.

Ma pei principii di diritto, di cui si sente sempre parlare, bisogna avere idea più precisa.

I principii di diritto sono generali o speciali. I principii generali sono di doppio ordine, cioè; — 1. norme direttive che d'ordinario

Digitized by Google

non sono scritte nei codici, ma che vi sono implicite, e che consistono nelle regole che l'umana ragione deduce dalla essenza e dai rapporti delle cose, e che dominano l'intera legislazione: tale ad esempio è la regola che niuno debba arricchirsi a danno altrui. 2. norme direttive che d'ordinario sono scritte ne' Codici, e che consistono nelle regole proprie di un dato ordine di cose relative ad uno o più istituti di diritto: tale è il principio del consenso, il principio del riscatto ecc.

I principii speciali poi sono disposizioni positive che danno norma e regola per applicare in singoli casi la legge in certe maniere: tale è la regola per la vendita della cosa altrui, ch'era valida per Diritto Romano, e che è nulla per Codice Civile.

§ 10. Vedutosi in che consiste la scienza del diritto, ed esaminatasi la parte molto importante dei rapporti, da cui quella scienza è costituita, bisogna brevemente toccar della base del diritto. Essa sta *nell'ordine dell'operare diretto al fine essenziale dell' umana natura.* Or l'*ordine* in generale è l'uno nel vario, e nella materia del diritto l'ordine è costituito dal principio di unità nella moltiplicità dei diritti, facendo prevalere, nella grande varietà e complicazione di questi, il diritto che meglio risponda alla essenza e alla realtà delle cose. L'*operare* è proprio degli atti di volontà che vengono messi in esercizio nella vita pratica e significa dettare il principio di unità nei rapporti di diritto, quando questi sono messi in atto, cioè quando sono posti in esecuzione reale dalla volontà umana. La *direzione al fine essenziale dell'umana natura* è la direzione al bene.

L'intelletto discerne il vero, e la volontà tende al bene. Non v'è per la volontà il bene, se pria l'intelletto non lo abbia riconosciuto come vero. Or il diritto modera col suo ordine gli atti di volontà umana al vero bene a seconda della essenza e dei rapporti reali e necessarii di natura, essendo proprio del diritto la più felice conservazione, mediante il più rapido e completo perfezionamento, col mezzo delle azioni libere e dell'aiuto della società.

II.

Definizione del diritto

§ 22. Ogni dimostrazione deve sempre cominciare dalla definizione dell'obbietto, onde si deve conoscere la definizione del diritto, e darne la spiegazione.

Or la definizione del diritto è *ars boni et aequi*, che il Presidente Nicolini traduce così — *l'arte di livellare il diritto di ciascuno alla pubblica utilità.*

Digitized by Google

Analizzando codesta definizione romana si trova che — 1. la parola *ars* deve prendersi nel senso di *recta ratio*, cioè nel punto di vista filosofico pei rapporti svariati sopra cui il diritto versa — 2. la parola *boni* nel senso di bene in cui spicchi l'elemento dell'utile, essendo la idea dell'utile così prevalente nella materia del diritto, che senza utile non può esistere diritto alcuno; ma l'utile deve riscontrarsi non in se, sibbene come conseguenza, o meglio come esercizio della propria facoltà riportando la voce *utile* alla sua origine *uti usus* — 3. la parola *aequi* nel senso di equità naturale, ovvero di equità civile, secondochè si tratti di diritto naturale ovvero di diritto civile.

§ 12. Della equità sempre si parla ed è una necessità formarsene una idea chiara.

In generale la equità è il ricorso alla legge naturale. Ma propriamente chiamasi equità naturale quella che per legge di natura sta nella coscienza di tutti, e chiamasi equità civile quella che è entrata nel dominio della legge civile. Entrambi convergono nel punto della misura e dell'equilibrio nell'ordine. Differiscono per doppio aspetto — 1. perchè nell'equità naturale manca e nell'equità civile esiste la sanzione della legge civile — 2. perchè la equità naturale versa sulla utilità privata, mentre la equità civile versa sulla utilità pubblica, la quale d'ordinario va congiunta con la utilità privata, e talvolta ne va disgiunta.

Non è mestieri dare altre spiegazioni sulla equità naturale, la quale viene a confondersi col diritto di natura di cui è una emanazione.

Fa d'uopo invece chiarire il concetto della equità civile. Il legislatore deve ricercare il *vero* giuridico e trasformarlo in un *certo;* o in altri termini deve cogliere in un segno indubitabile, e darlo poi ai popoli come indubitato. In codesta operazione sta la equità civile, poichè il Legislatore deve ordinare le sue disposizioni secondo i bisogni e le aspirazioni del popolo, e armonizzarle coll'intero organismo giuridico. La misura e l'equilibrio che il Legislatore deve adoperare per raggiungere tale intento prendono il nome di equità civile, quasi di egualità nel disporre le cose. Vico la chiama *ragion di stato.* Or il giudice non può far uso della equità naturale se non in quei soli rari casi nei quali tassativamente la legge ne lo faculti, altrimenti mancherebbe ai sudditi il *certo*, cioè la norma sicura derivante dalla legge, si cadrebbe nella incertezza e nell'arbitrio, e per una equità naturale verso un cittadino si toglierebbe ad un altro un diritto assicurato dalla equità civile.

Invece il giudice può e deve, sotto doppio aspetto, fare uso della equità civile, cioè — 1. quando il Legislatore non abbia parlato per un caso occorrente, e allora il giudice deve rispondere nel modo che la legge avrebbe fatto se avesse parlato — 2. quando nella legge si

Digitized by Google

trovino espressioni indeterminate o improprie che bisogna correggere, ovvero apparenti antinomie o contradizioni che bisogna combinare, armonizzando la lettera e lo spirito della legge. L'ufficio del giudice per riguardo alla equità, si confonde con l'ufficio che egli ha per la interpretazione di cui discorreremo or ora, cioè quando il Legislatore non ha parlato egli deve ricorrere alla interpretazione analogica, e quando il Legislatore ha parlato e si trovino espressioni indeterminate o improprie, egli deve con la interpretazione logica rettamente correggerle; ovvero si trovino contradizioni ed antinomie, ed allora egli con la stessa interpretazione logica deve conciliarle. Ma ciò sarà schiarito parlando della interpretazione.

III.

Jus dei Romani — Diritto degli Italiani.

§ 13. Avutosi così il concetto del diritto, fa d'uopo conoscere perchè i Romani lo chiamavano *jus*, e noi invece lo chiamiamo *diritto*. Parecchie etimologie si son date della parola *jus*, ma la più plausibile è quella che provvenga a *jubendo*, e che la parola *jus* sia perciò un accorciativo dell'altra parola *jussum*, essendo insito nella legge il comando. Noi invece adoperiamo la parola *diritto* con una allusione ad un'astrazione sensibile ossia ad una idea matematica. Il diritto considerato in relazione all'obbietto cui tende rassomiglia alla linea matematica, che è una traccia indivisibile lasciata dal punto che scorre. Cosicchè la persona alla quale il punto appartiene è il principio da cui la linea parte; l'atto che la persona esige da altri, o l'atto che la persona stessa eseguisce, è il fine cui la linea si arresta. La linea retta è sempre una sola, di curve invece esistono innumerevoli. Chi si scosta dalla linea retta, cui si allude, devia dal dovere del diritto ordine. In fondo poi e pei Romani e per noi il *retto* è ciò che informa il *jus*, cioè il diritto, e la parola *retto* prendea per loro e prende per noi la stessa allusione della *linea retta*. Or la differenza che passa tra il *jus* dei Romani e il nostro *diritto* è che quelli davano un nome più pratico e materiale, e noi invece diamo un nome più teorico e spirituale, essi lo deducevano dall'effetto, e noi lo deduciamo dalla causa.

IV.

Diritto come facoltà.

§ 14. Il Diritto considerato come facoltà, è un potere competente ad un uomo di fare o di omettere una cosa, ovvero di esigere da altri la esecuzione o l'omissione. Tale potere è tutto morale, ed è

Digitized by Google

fondato sul vero e sul bene, in modo che pel vero resti appagata la intelligenza, e pel bene resti spinta la volontà.

§ 15. Se non che il potere, che è un termine attivo, suppone per le leggi di ordine il dovere, che è un termine passivo, cosicchè i due termini di potere e di dovere sono essenzialmente correlativi, e sorgono dalla stessa fonte che forma la base del diritto, cioè dall'ordine dell'operare, diretto al fine essenziale dell'umana natura, base da noi già spiegata nel § 10.

§ 16. Il potere dunque, cioè il dritto in senso di facoltà, suppone una passività morale, la quale o incombe a tutti, o è positivamente propria di qualcuno. Onde la distinzione dei diritti in assoluti e relativi, secondochè vi corrisponda un dovere negativo comune a tutti, ovvero un dovere positivo proprio di una o di più persone. In altri termini il diritto è assoluto in quanto proibisce a chicchesia l'impedircene la libera disposizione, come ad esempio sarebbe il diritto di proprietà che tutti hanno il dovere di rispettare; il diritto è relativo in quanto alcuno è obbligato positivamente verso di noi ad una qualche cosa, come ad esempio sarebbe il diritto di credito che deve essere pagato dal debitore.

§ 17. A cotesta prima divisione di diritti in assoluti e relativi, seguono altre tre divisioni che prendono capo dal diritto come facoltà, cioè diritti familiari e patrimoniali, civili e politici, subbiettivi ed obbiettivi.

I diritti familiari sono rapporti esistenti tra più persone, e che tendono al complemento dell' umana personalità, onde sorgono tra le medesime persone de' diritti e de' doveri reciproci. Tali rapporti sono costituiti dal matrimonio, dalla patria potestà, e dalla tutela.

I diritti patrimoniali sono quelli che si riferiscono a' beni esterni della natura, cioè al patrimonio di una persona, e si distinguono in diritti reali e di obbligazione, di cui parleremo a proprio luogo.

§ 18. La distinzione tra i diritti civili e politici è molto importante, e giova averne una idea netta.

Non è dubbio che la somma de' diritti dell'uomo ha un necessario rapporto o con la pubblica o con la privata ragione, onde i diritti vanno distinti in politici e civili, secondochè si riferiscano *ad rem publicam aut ad rem privatam.*

Or il sistema romano era di distinguere il *jus civitatis* dal *jus quiritum*, il primo de' quali rispondeva alla ragion pubblica e costituiva un diritto politico, e il secondo alla ragion privata e costituiva un diritto civile.

Ma il *jus civitatis* era costituito dal doppio elemento di *honores* e *munera.* Gli *honores* eran officii pubblici cui era inerente una dignità

Digitized by Google

e una partecipazione al potere pubblico, come ad esempio la magistratura di qualunque ordine, Consoli, Pretori ec.

I *munera* poi riducevansi ad officii pubblici senza dignità e senza partecipazione a potere pubblico, i quali officii o erano rivolti all'interesse pubblico, ovvero erano rivolti direttamente all' interesse privato e indirettamente all'interesse pubblico, come la tutela, e la cura.

Il *jus quiritum* si restringeva a' diritti di sola ragion privata come le giuste nozze, la patria potestà, la fazione del testamento ecc. (1).

§ 19. Il diritto preso nel senso di facoltà, cioè di potere, deve avere un obbietto, perciocchè dall' obbietto vien determinata la facoltà di ciascuno, e un diritto qualunque non è prezioso all' uomo, se non perchè va accoppiato al suo oggetto. Di che segue la distinzione tra diritto subbiettivo e diritto obbiettivo. Il diritto subbiettivo si riferisce alla facoltà, cioè al potere: il diritto obbiettivo si riferisce alla materia su cui la potenza si esercita.

Nel diritto convien distinguere nettamente il termine attivo che è il

---

(1) Oggi la teoria dei diritti civili e politici è alcun poco variata. Dapoichè per diritti civili s' intendono non solo quelli di stretta ragion privata, ma anche que' *munera* di diritto Romano che son rivolti direttamente all' interesse privato e indirettamente all'interesse pubblico. Cosicchè la tutela che per diritto Romano era un diritto politico, oggi è un diritto civile. La ragione è che quei *munera* riducevansi ad officii nell'interesse della famiglia, come la tutela e la cura, e si è riconosciuto che tali officii non sono che compimento dell' umana personalità, e si deve nella lineazione de' diritti avere riguardo all'interesse vero e reale non già all'indiretto, mediato, e lontano. Oggi i diritti civili sono i diritti risultanti da' rapporti privati, e che ànno a loro base la Legislazione civile propriamente detta.

I diritti politici poi àn subìto anch'essi una trasformazione, essendo oramai riconosciuto che diritto politico è in generale quello risultante da' rapporti fra i privati e il Governo. Onde tali diritti sono di tre ordini, cioè—1. i diritti che conferiscono facoltà per le quali si contribuisce al governo della cosa pubblica, come i diritti elettorali, i diritti ad impieghi ec. — 2. i diritti che sono la conseguenza ed il risultato delle pubbliche libertà, come ad esempio, la libertà di riunione pacifica e senz'armi, la libertà di coscienza ec. — 3. i diritti che provvengono da' rapporti esistenti fra i privati e la pubblica amministrazione.

Tale latitudine data oggi a' diritti politici si ripete dalla forma liberale di Governo, dal progresso civile, e dallo sviluppo e precisione avutisi nel diritto pubblico.

Su questo punto importante e dibattuto, veggansi gli odierni scrittori di diritto amministrativo, ma non si trascuri di leggere la discussione che ebbe nella Camera de' Deputati e nel Senato la Legge su' conflitti di attribuzione, riuscendo molto istruttivi i discorsi fattivi, e specialmente quelli assai splendidi del nostro illustre Mancini.

Digitized by Google

potere, dal termine passivo che è il dovere, e l'uno e l'altro dall'obbietto che è la materia su cui il diritto si esercita. Il potere e il dovere passano tra esseri intelligenti, e costituiscono la relazione tra essi, l'obbietto è la cosa che informa tale relazione.

Or il diritto in senso obbiettivo si risolve a quei medesimi diritti, di famiglia, diritti reali e diritti di obbligazione che abbiamo innanzi cennato al § 17, e dei quali parleremo estesamente nei punti opportuni.

Queste idee che noi esponiamo a proposito della divisione del diritto in subbiettivo ed obbiettivo, e che abbiamo tolte dal Romagnosi, debbono rimanere bene impresse nella mente de'giovani, perchè tale divisione forma il perno del sistema tedesco nella partizione delle materie del diritto, come diremo a suo luogo, senza che ne'libri degli scrittori tedeschi se ne legga la ragione con tanta lucidità, per quanta ce ne viene dalla mente preclara di quel nostro filosofo.

§ 20. Sotto altro aspetto poi viene a designarsi il diritto in senso obbiettivo, cioè nel senso di norma, della quale ora passiamo a discorrere.

V.

Diritto come norma, cioè come legge.

§ 21. La parola *legge* inchiude un senso proprio ed uno traslato. Il proprio, nel senso di legge di natura, è il complesso dei doveri determinati dall'impero della natura sull'uomo, e costituiti dai rapporti attivi, reali e necessari che passano tra essi; e, nel senso di legge positiva, è il comando di autorità cui fu affidato il potére di obbligare i membri della società civile a fare od omettere qualche cosa, nel fine di ottenere il comune loro benessere. Il senso traslato della parola *legge* si usa parlando di potenze dall'azione delle quali si presume dover sempre nascere dati fatti. Esiste perciò un'idea principale e comune per la quale la parola *legge* si rende suscettibile di essere adoperata e nel senso proprio e nel traslato, e tale idea è nel concetto di uno stato di cose capace d'indurre la necessità di fare o di non fare una cosa qualunque, di produrre o non produrre un dato effetto. Così è legge naturale e positiva insieme il rispetto che il figlio deve ai genitori, ed è legge fisica che, accostato il ferro alla calamita, essi si attraggono, che esposto il legno all'azione di una fiamma, il legno arde e si riduce in cenere.

§ 22. I giureconsulti romani riconoscevano e la legge naturale e la legge positiva come noi la riconosciamo, ma vi aggiungevano una terza legge in senso traslato che oggi non si ammette nè nella scienza giuridica, nè nei codici come norma direttiva di grandi divisioni di

Digitized by Google

materie di diritto; e per l' innesto di questa terza legge, que' Giureconsulti adoperavano per la legge naturale e per la legge positiva una nomenclatura diversa dalla odierna.

Essi erano seguaci della scuola stoica, e distinguevano il *jus naturale* dal *jus gentium*, e dal *jus civile*.

Per diritto naturale (*jus naturale*) essi intendevano quella norma di natura comune a tutti gli animali, ed alla quale questi obbediscono per istinto (*quod natura omnia animalia docuit*). Così tutti gli animali si difendono quando sono assaliti, si congiungono fra loro, nutriscono ed allevano amorevolmente i figli ecc.: È una legge che in realtà esiste, e che si rannoda al senso traslato della parola *legge*. Cotesto diritto di natura, comune a tutti gli animali, tiene alle leggi fisiche e materiali dei corpi animati, delle quali leggi la scienza giuridica non deve occuparsi nelle divisioni del diritto, ma deve averne la giusta considerazione nelle norme che in alcun punto debbono fissarsi, come ad esempio nei quasi-delitti, e specialmente per la responsabilità dei padroni degli animali i quali commettessero danni. Le sottigliezze storiche oggi sono bandite dalla scienza del diritto.

Per diritto delle genti (*jus gentium*) intendevano ciò che noi oggi chiamiamo diritto di natura (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*). Per diritto civile (*jus civile*) designavano ciò che noi chiamiamo diritto positivo (*quod quisque populus ipse sibi constituit*).

§ 23. Fermandoci al senso proprio della parola legge, e restringendoci alla sola legge positiva che forma il nostro obbietto, conviene vedere come e perchè alla legge positiva diasi il nome di diritto preso quale norma (*norma agendi*). Per intenderlo bisogna risalire all'idea dell'ordine.

L'ordine è l'unità nella varietà, cioè l'idea di ordine è semplice, ma l'unità sua è complessa, vale a dire essa abbraccia più oggetti, disposti ed armonizzati ad un comune effetto, e ne produce un concetto indivisibile.

Or nella legge positiva si à l'idea dell'ordine sotto doppio aspetto. Qualunque legge positiva rappresenta una data serie di azioni come indispensabile a conseguire un determinato fine, e ridotta tutta la serie ad unità, si à il primo aspetto dell'ordine nella legge. Ma qualunque sia la legge positiva deve armonizzare col complesso della legislazione intera di un popolo, cosicchè ciascuna legge viene a formare uno degli oggetti i quali nell'insieme rappresentano la unità della legislazione che tende all'effetto comune del benessere del popolo medesimo, ed è questo il secondo aspetto dell'ordine nella legge.

Dal momento che qualunque legge positiva rappresenta una data serie di azioni le quali entrano come mezzi a costituire l'ordine della

Digitized by Google

legge stessa, cioè rappresenta la maniera con cui debbono i cittadini agire per ottenere l'intento voluto dal legislatore; e dal momento che la base del diritto sta nell'ordine dell'operare, diretto al fine essenziale della umana natura, come si è detto al § 10, si vede che il diritto preso nel senso di norma, non è nè più nè meno della legge, perchè la legge detta norma alle azioni di coloro che vi sono soggetti. È la legge come un esemplare, un regolo a cui i cittadini, pel bene comune, debbono modellarsi.

§ 24. E la definizione della legge positiva è: *Praeceptum commune; quod quisque populus sibi constituit, ut cives ad ejus normam actiones suas componant.*

Analizzando questa definizione si à che la parola *praeceptum* risponde alla necessità che è l'elemento cardinale di qualunque legge la quale non dà consigli, nè ammaestra, ma comanda — *Commune*, perchè altro elemento della legge è l'eguaglianza per tutti—*Quod quisque populus sibi constituit*, perchè la legge è bensì opera dell'autorità cui è affidato il potere di farla, ma cotesto affidamento deve venire dal popolo, e la legge deve rispondere ai bisogni ed al genio del popolo—*Ut cives*, perchè la legge obbliga i cittadini che vi son soggetti e non gli stranieri—*Ad ejus normam actiones suas componant*, perchè la legge è un regolo a cui i cittadini debbono adattare le loro azioni pel comune loro benessere.

§ 25. Se non che il diritto come norma, oltre alla distinzione presa dalla sua origine in naturale e positivo, di che abbiamo discorso nei §§ 20 e 21, à altre distinzioni tolte dalla diversità dei rapporti, dalla forma, e dall'indole.

Per la diversità dei rapporti il diritto si distingue in diritto pubblico interno, diritto privato, diritto pubblico internazionale, diritto privato internazionale.

Il diritto pubblico interno (*jus publicum*) è quello che regola i rapporti tra la società e i privati, come il diritto penale, le procedure civile o penale che siano, essendo le procedure sempre intese alla guarentigia sociale.

Diritto privato (*jus privatum*) è quello che regola i rapporti dei cittadini tra loro.

Diritto pubblico internazionale (*foedus, jus feciale*) è quello che regola i rapporti tra le nazioni, e può essere naturale, convenzionale, o consuetudinario, secondochè si appoggi al diritto naturale, ai trattati, o alle consuetudini.

Diritto privato internazionale (che in diritto romano trova un riscontro nelle attribuzioni del Pretore peregrino, come diremo a suo luogo) è quello che dà le regole relative all'applicazione delle leggi

Digitized by Google

di uno Stato nel territorio di un altro, o all'applicazione delle leggi di uno Stato in relazione di persone straniere.

§ 26. Dalla forma il diritto si distingue in promulgato e non promulgato (*jus scriptum aut non scriptum*), secondochè venga ad imporsi per legge o per consuetudine, come spiegheremo nel punto relativo alle fonti del diritto.

§ 27. Dall'indole, il diritto si distingue in comune, singolare, speciale, e individuale.

Il diritto comune (*jus commune*) è quello che regola tutti i rapporti di diritto in una determinata materia, e che è costituito dalle regole giuridiche applicabili a tutte le persone, le cose, e le posizioni, purchè si verifichino le condizioni da tali regole determinate. Codeste regole sono suscettive d'illimitata applicazione, perchè sono conformi ai principii generali di diritto e alla logica giuridica (*ratio juris*). E così forma diritto comune il Codice civile.

Il diritto singolare, chiamato anche beneficio di legge (*jus singulare aut beneficium juris*) consta delle regole che per motivi particolari di utilità pubblica od economica derogano ai principii generali di diritto per certe categorie di persone o di cause. Carattere distintivo del diritto singolare è la deroga che apporta ai principii generali di diritto e alla logica giuridica. E così sono di diritto singolare gli istituti della dote, della inalienabilità dei beni di uso pubblico, ecc.

Il diritto speciale (chiamato dai Romani alcuna volta *jus singulare* e tal'altra *privilegium lato sensu*) è di doppio ordine. Il primo è quello che regola i rapporti di un istituto di diritto, sottraendolo dal diritto singolare, come ad esempio sarebbero le leggi forestali, le leggi sulle miniere ecc. Il secondo è quello che versa sopra rapporti creati dal legislatore, i quali formano un accessorio del diritto comune, come ad esempio le leggi di finanza.

Tanto il diritto comune, quanto il singolare e lo speciale si fondano mediatamente sopra una regola di diritto, la quale d'ordinario suppone un fatto, onde sorgono diritti di natura diversa.

Il diritto individuale (*privilegium stricto sensu*) non si fonda mediatamente sopra una regola di diritto e immediatamente sopra un fatto, ma invece è concesso immediatamente in forza d'un atto del potere sovrano, all'infuori del quale non troverebbe giustificazione, ed ecco perchè anche oggi è chiamato privilegio. Esso nasce puramente dalla disposizione del potere politico che ne è autorizzato dal diritto pubblico.

Il privilegio si distingue in personale e reale, secondochè sia dato alla persona o alla cosa; in legale e pattizio, secondochè sia stabilito

Digitized by Google

spontaneamente dal potere sovrano, ovvero da una convenzione tra lo Stato e i privati; in oneroso e gratuito, secondochè vi sia o non vi sia un corrispettivo (1).

VI.

Giustizia.

§ 28. È parola che corre nelle bocche di tutti, ma di cui non tutti conoscono bene il significato.

Per formarsene un'idea chiara fa duopo distinguere il concetto che i Giureconsulti Romani avevano della giustizia, e il concetto che ne à la scienza giuridica odierna.

I Giureconsulti Romani definivano la giustizia — *Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*. Essi erano seguaci della scuola Stoica, e codesta scuola partiva dal principio che la giustizia fosse una virtù, anzi di tutte la più nobile. Or ogni virtù per essere tale deve prendere origine dalla volontà umana, e costituire una specie di abito della mente, una volontà perpetua e costante. Ond'è che i giureconsulti compresero tale idea nella prima parte della definizione e dissero *constans et perpetua voluntas*. Ogni definizione per logica deve constare del genere prossimo e della differenza specifica, e tali parole formano il genere prossimo, cioè comprendono la giustizia nella grande famiglia delle virtù. Ma bisognava dare la differenza specifica, e i Giureconsulti la espressero con le altre parole *jus suum cuique tribuendi*, essendo in realtà l'oggetto o il fine della giustizia l'attribuire a ciascuno ciò che gli spetta. Il concetto dei Giureconsulti Romani era nobilissimo, poichè riponevano la giustizia nella conformità delle azioni esteriori con la volontà ossequente ai principii eterni del diritto. Ed era così alta la loro idea per la giustizia, per quanto essi proclamavano che il diritto à il fondamento nella giustizia, *jus a justitia*.

§ 29. In realtà era a tal modo preso il lato morale della giustizia e non il lato civile, perchè si può essere giusti nelle proprie azioni, senza che queste corrispondano alla volontà.

La giustizia civile consiste nella esterna legalità delle proprie azioni, cioè nell'adattare le azioni alla legge, ed è questo il concetto che oggigiorno se ne à, e che bisogna ben dilucidare.

La scienza del diritto è cognizione di rapporti di diritto, e perchè

(1) Il Codice civile contiene qualche privilegio. Veggansi art. 69, 92, 172, 273 e 2098.

Digitized by Google

la giustizia rientra eminentemente in tale scienza, essa non è più che un rapporto al suo regolo; il quale è diverso secondochè si tratti di legge condita o di legge condenda. Se di legge condita, il regolo sta nella legge scritta; se di legge condenda, il regolo è il rapporto reale e necessario della natura degli uomini e delle cose. Onde la giustizia si distingue in giustizia scritta e sociale.

§ 30. E qui anche a noi tocca di dir qualche parola sopra i tre precetti fondamentali del diritto, e che formano la base della giustizia, cioè *honeste vivere*, *alterum non laedere*, *suum cuique tribuere*. Molte cose si sono scritte intorno ad essi da antichi e recenti dottori, e noi brevemente esporremo le nostre idee che sono semplicissime.

I Giureconsulti Romani consideravano la giustizia come una virtù e toccavano nella loro definizione la parte morale anzichè la civile, ond'era logico che per prima base avessero posto l'onestà, *honeste vivere*.

Ma sia che la giustizia venga considerata dal lato morale, sia che venga considerata dal lato civile, sempre per essa vi è un rapporto, cioè sempre deve aversi riguardo alla conformità delle azioni.

Nella giustizia morale si ha riguardo alla conformità delle azioni con la volontà abituata alla virtù, e nella giustizia civile si à riguardo invece alla conformità delle azioni esterne con la legge, ma nell'una e nell'altra le azioni esterne cioè gli atti umani sono quelli che risaltano, perchè ad essi si restringe la imputazione. Or tutti gli atti umani sono o positivi o negativi, e perciò pe'positivi si impone il precetto *suum cuique tribuere*, e pei negativi l'altro *neminem laedere*.

§ 31. Molte divisioni si fanno della giustizia, e noi ne ricorderemo due sole, cioè la giustizia universale e particolare, la giustizia commutativa e distributiva.

Secondo alcuni è universale la giustizia, quando gli atti umani corrispondono a tutti e tre i precetti ora indicati e che ne formano la base. È particolare quando corrispondano ad uno dei tre. Così per darne un esempio, se alcuno alza un muro e toglie ad altri i raggi solari o la vista del mare, egli non lede alcuno perchè esercita il suo diritto, ma se lo avesse fatto per dispetto al suo vicino egli non sarebbe onesto. Secondo altri, è universale la giustizia celebrata da tutta l'umanità; è particolare quella di un determinato popolo.

La giustizia commutativa si à quando vi è uguaglianza perfetta che è anche chiamata aritmetica; la distributiva quando vi è eguaglianza imperfetta, detta anche geometrica. Il contratto di società ce ne può fornire un esempio: se tutti i socii prendano una parte eguale, vi è giustizia commutativa; ma se ad uno dei socii che abbia maggior credito in commercio si dia di più, si ha la giustizia distributiva.

Digitized by Google

VII.

Giurisprudenza.

§ 32. Presso i Romani gli uomini versati nella scienza del diritto erano chiamati *prudentes*.

Decomposta la parola *Jurisprudentia*, si hanno le due *prudentia iuris*, cioè cognizione del dritto.

Ma la parola giurisprudenza ha tre significati.

Il primo è di scienza del diritto (*Justi atque injusti scientia*), cioè di una esatta cognizione dei principii di diritto. In tal senso oggi si dice — *Studente di giurisprudenza*.

Il secondo è di applicazione del diritto al fatto (*habitus practicus leges recte interpretandi adplicandique rite ad species quasvis obvenientes*). Ed in tal senso è presa la parola giurisprudenza nei giornali che fanno raccolta delle sentenze dei magistrati.

Il terzo è del risultato di tale applicazione come legge derivante da autorità di giudicati costantemente simili in casi ambigui (*in ambiguibus rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas vim legis obtinere debet*). Il quale ultimo senso è temperato molto coi due principii — *non exemplis sed legibus judicandum*—*Bonus judex varie ex personis caussisque constituet*; dappoichè la varietà di uomini e di cose nel fisico e nel morale è legge di natura, e le condizioni di fatto e di persona non si presentano sempre le stesse (1).

§ 33. Stabiliti così i diversi significati della parola giurisprudenza, fa duopo intender bene il concetto che ne avevano i Giureconsulti Romani, e quello che ne ha la scienza odierna.

Gli antichi filosofi definivanò la filosofia — *divinarum atque humanarum rerum notitia* — ed i Giureconsulti Romani che tenevano molto ad esser filosofi, e che dicevano che il giureconsulto si presenta come filosofo eminente, perchè non si arresta nel campo ideale, ma discende nella vita pratica del mondo, per applicare la filosofia nei rapporti del giusto e dell'ingiusto, fecero loro quella definizione, e la tolsero come genere prossimo della definizione della giurisprudenza, e vi aggiunsero per differenza specifica — *justi atque injusti scientia* — Cosicchè il senso della definizione intera è: che la giurisprudenza è la filosofia accomodata alla scienza del giusto e dell' ingiusto.

(1) Oggi per Codice Civile si deve giudicare sempre secondo la sola legge, Art. 3, Disposizioni Preliminari del Codice medesimo.

Digitized by Google

Tale definizione tanto combattuta nei secoli posteriori, non è alla fin fine così ampollosa come a primo aspetto appare, perciocchè se la giurisprudenza consiste nella determinazione del giusto e dell' ingiusto ai casi occorrenti nella vita pratica e per le cose le quali possono essere divine ed umane, è d'uopo che di tali cose si abbia almeno una notizia. Specialmente poi nei tempi Romani la parte divina non era ben distinta dall'umana finanche nel governo stesso dello Stato, onde le cose divine rientravano nel Diritto Pubblico, e v' era maggior ragione ad averne una qualche conoscenza.

§ 34. Per altro dei tre sensi che ha la parola giurisprudenza, e che abbiamo innanzi indicato, è prevalente il secondo, cioè dell'applicazione del diritto al fatto, poichè non si può impugnare che la giurisprudenza risente dell' abito pratico ossia della scienza giuridica applicata in pratica; onde gli odierni filosofi e giureconsulti, tra cui principalmente il Romagnosi, ritengono che la giurisprudenza consiste nell' arte di determinare nei fatti occorrenti nelle civili relazioni quello che è di ragione (*quid juris*), dietro i dettami delle leggi vigenti in società.

Per lo che le parti di cui la giurisprudenza consta sono due—1° la determinazione della specie di fatto — 2° la decisione di ciò che è di ragione a seconda della mente della legge.

Per la prima funzione bisogna esser governati da' canoni della critica giudiziaria, i quali altro veramente non sono che le regole logiche riguardanti la credibilità de' fatti come possono estrinsecamente constare alla ragione umana — Per la seconda vi sono due operazioni, l'una delle quali consiste nello scoprire e individuare la disposizione speciale o generale di legge riguardante il fatto proposto, e a ciò corrisponde la interpretazione, di cui ora parleremo; e l' altra nella decisione per concedere o negare, per condannare o assolvere.

Cosicchè nella giurisprudenza l' operazione della mente si riduce sempre al seguente sillogismo — Il fatto sta a questo modo; ma la legge in questo caso dispone in questa maniera; dunque si deve fare la data azione, dare o non dare la data cosa — In altri termini la proposizione maggiore è il fatto, la minore è la legge, la conseguente è la concessione o il diniego, la condanna o l' assoluzione.

Richiamando la giurisprudenza a' principii della scienza giuridica, si trova che essa non è più nè meno di un rapporto di diritto dichiarato dal Magistrato, ed è precisamente un rapporto di diritto creato dell' uomo, di cui abbiamo discorso al § 7 e corrisponde alla pratica in antitesi alla teoria secondochè abbiamo esposto al § 8.

Digitized by Google

VIII.

Interpretazione.

§ 35. La parola *interpretazione* nell'antica Roma non dinotava semplicemente come oggi la interpretazione pura, ma indicava la dottrina, le tradizioni, e tutte le forme del diritto scientifico con la libertà di agire e il grado di autorità che la scienza allora aveva--È questo un punto storico che ci farebbe discorrere molto a lungo, e che può di leggieri riscontrarsi in altri libri di dotte istorie di diritto alle quali rimandiamo i giovani, fermi nel nostro proposito di toccare e molto parcamente le sole evoluzioni storiche che servono di schiarimento alla cognizione de' principii.

§ 36. Le regole di diritto non son fatte per rimanere scritte oziosamente ne'Codici, ma invece perchè passino nella vita reale, a quale uopo noi dobbiamo assimilarle in modo determinato. Tale assimilazione riceve differenti applicazioni, dappoichè il Giureconsulto se ne vale per ricomporre la scienza sotto forme novelle, il Magistrato per rendere i suoi giudizii, il cittadino per regolar con certezza i suoi rapporti sociali.

Per codesta assimilazione noi dobbiamo fare un atto intellettuale, che à per oggetto la ricognizione della legge nella sua verità, o in altri termini la legge sottomessa al criterio della nostra intelligenza deve apparirci come vera. Ciò si chiama interpretazione.

La definizione della interpretazione è — *facultas vim potestatemque legum ex earum verbis et ratione eruendi* — e consiste nel fissare il senso della legge, cioè nel conoscerne il significato ricavandolo dalle parole di essa e dalla intenzione del legislatore — Dicesi poi *ermeneutica legale* l'insiemè delle regole sulla interpretazione.

La interpretazione si divide in autentica, usuale, e dottrinale, secondochè è data dallo stesso legislatore, o dalla consuetudine nella quale rientrava l'autorità delle cose giudicate perpetuamente ad un modo, ovvero è data da altri per ragione di scienza (1).

(1) Oggi la interpretazione si divide pure in autentica, usuale e dottrinale, ma la usuale significa quella data da'Magistrati con le loro sentenze — La ragione è che oggi la consuetudine non ha più la forza nè di formare una legge, nè di abrogarla, come diremo parlando delle fonti e degli effetti del diritto. Crediamo non poter fare a meno di cennare questa divisione, che è combattuta da qualche scrittore, perchè lo statuto costituzionale del Regno riconosce la interpretazione autentica nell'art. 73.

§ 37. Della interpretazione autentica torneremo a parlare nell'abrogazione della legge tra gli effetti del diritto.

La interpretazione usuale e la dottrinale si distinguono in interpretazione applicativa e induttiva — È applicativa quando vi è una disposizione di legge, della quale si esamina il pensiero — È induttiva quando la disposizione di legge manca e si fa ricorso all'analogia — Discorreremo partitamente dell'una e dell'altra.

Interpretazione applicativa.

§ 38. Questa è grammaticale o logica — L'elemento grammaticale ha per oggetto le parole di cui si è servito il legislatore per comunicarci il suo pensiero, cioè il linguaggio delle leggi — L'elemento logico ha per oggetto la decomposizione del pensiero del legislatore, ovvero i rapporti logici che uniscono le sue diverse parti.

In altri termini la interpretazione grammaticale si ha quando si determina il senso di una legge indagando il senso delle parole e della connessione che hanno fra esse. Se dalle parole risulta chiara la intenzione del legislatore, la legge dev'essere applicata qual'è, senza pretendere d'investigarne la ragione — *Ubi nulla ambiguitas verborum, non est facienda voluntatis quaestio.*

E la interpretazione logica si ha quando si determina il senso di una legge ricercando la intenzione del legislatore, mediante il nesso delle idee contenute nella legge, e la ragione politica o giuridica di essa, dovendo i precetti legali applicarsi nel senso che meglio risponda alla volontà del legislatore ed al vantaggio sociale ch'egli si è proposto. *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.* Alla interpretazione logica mette capo la equità civile, quando in una legge sianvi espressioni indeterminate o improprie che bisogna correggere, ovvero contradizioni o antinomie che deggionsi conciliare, come abbiamo già cennato al § 12.

§ 39. Or la interpretazione logica si distingue in estensiva, restrittiva, e dichiarativa.

La estensiva si ha quando il senso della legge si estende a casi non indicati nella lettera di essa, i quali son compresi nel suo spirito. Il fondamento della interpretazione estensiva sta nel principio — *ubi eadem est ratio legis, eadem est ejus dispositio* — La interpretazione può essere estensiva nel solo diritto comune, e non nel singolare, e molto meno nello speciale (vedi § 27), nel diritto penale, e nelle leggi che restringono l'esercizio di diritti, o che formano eccezione alle regole generali — *Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

Digitized by Google

La restrittiva si ha quando si restringe il senso della legge a casi che sembrano compresi nella lettera di essa, ma che in realtà ne sono esclusi dallo spirito — Il fondamento sta nel principio — *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* — temperato dall' altro — *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

La dichiarativa si ha quando si ricerca il vero senso di una legge oscura.

Interpretazione induttiva.

§ 40. La interpretazione è induttiva quando nella legge manchi una precisa disposizione con la quale decidere una controversia, e si completa la legge con l'analogia.

Qualunque Codice fa sempre nelle prime pagine una professione della sua debolezza o insufficienza, non potendosi certamente prevedere tutti i rapporti che possono ripassare tra gli uomini e che si estendono sempre, e dovendosi d'altra parte risolvere le collisioni de' diritti che si presentano alla giornata — Dovea dunque trovarsi un rimedio per la necessità che s' impone a decidere una controversia quando la legge tace, e fin da' tempi Romani lo si trovò, ricorrendo all'analogia, val quanto dire all'unità organica del diritto, cioè alla concatenazione interna e necessaria di esso, al sistema. Secondo i principii di dritto romano, la soluzione, in caso d'insufficienza o silenzio delle leggi, deve trovarsi nelle relazioni e nelle affinità intime del diritto che è in vigore — *Non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni preest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet — Semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, et ad eas res pertinerent, quæ quandoque similes erunt.*

Giustiniano si sforzò di avocare tutta a sè la facoltà dell'interpretazione analogica, dopo aver pubblicato il suo grande lavoro legislativo, di cui andava superbo al segno che ne proibì i commenti. Ma furon vani conati, e la interpretazione analogica sfuggì naturalmente dall'accentramento Imperatorio.

§ 41. Or l' analogia nella interpretazione è speciale o generale. Speciale quando si ha riguardo a casi simili o a materie analoghe — Generale quando si ricorre a' principii generali di diritto — È regola che l' analogia speciale debba preferirsi alla generale.

Caso simile si ha quando vi è identità di principio e somiglianza di caso. Esempio ne sarebbe un precetto legislativo per un fondo, che venisse ad estendersi agli edifizii.

Digitized by Google

Materia analoga si ha quando vi è identità di principio e differenza di caso. Così, non v' è articolo di legge che faculti di non pagare quando v' è pericolo di pagar nuovamente, ma vi è materia analoga nel caso del compratore che tema la evizione.

Principii generali di diritto sono quelli da noi già spiegati al § 6.

Intanto è regola che nelle materie penali non si ammette interpretazione analogica, altrimenti mancherebbe a' sudditi la sicurezza (1).

IX.

Fonti del diritto positivo.

§ 42. Per fonti del diritto positivo s'intendono gli organi coi quali le norme di agire nei rapporti di diritto ricevono la loro esteriore determinazione, cioè s' intendono i fonti del *jus civile*, di cui abbiamo parlato a' § 21 e 22. Tali fonti sono due, il *jus scriptum* e il *jus non scriptum*, cioè il diritto che come norma di agire sia stato fatto e pubblicato dai poteri competenti, e il diritto che à preso vigore per tacito assenso di tali poteri, cioè per consuetudine.

Jus scriptum.

§ 43. Le fonti del diritto scritto Romano son varie, essendosi in Roma cangiato per tre volte la base del diritto pubblico interno— È questo un punto storico molto esteso e di molta importanza, e noi senza farne un semplice rimando ai libri di pura storia, invitiamo gli studiosi a leggerne in esse le lunghe fasi, e intanto ci limitiamo a darne un brevissimo cenno.

Tutti tali fonti in Diritto Romano sono sei, cioè — 1 Leggi — 2 Plebisciti — 3 Senato consulti — 4 Costituzioni dei principi — 5 Editti dei Magistrati — 6 Responsi dei prudenti, cioè dei Giureconsulti — E per linearne lo svolgimento storico, fa d' uopo ricorrere col pensiero alle tre epoche dei Re, della Repubblica, e degli Imperatori.

§ 44. *1 e 2 fonte —Leggi—Plebisciti* — Pel tempo dei Re, si ricordano le *leges regiae*, la cui raccolta fu fatta sotto l'ultimo dei Re,

---

(1) La teoria è uniforme, art. 3 e 4 disposizioni preliminari del Codice Civile — E qui fa d' uopo avvertire che per diritto vigente ciascun Giudice ha una libertà completa d' interpretazione, ma la stabilità e l' unità del diritto sono guarentite contro le arbitrarie interpretazioni dalla Corte di Cassazione, la quale, messa in cima a tutte le giurisdizioni, esercita una savia e tutelare sorveglianza art. 122 e seguenti dell'Ordinamento giudiziario 6 dicembre 1865.

Digitized by Google

Tarquinio il Superbo, dal Pontefice Caio Papirio, onde prese il nome di *Jus civile Papirianum.*

Ma queste *leges regiae* non possono avere appartenuto a vere e proprie leggi, e debbono piuttosto la loro origine al Collegio dei Pontefici, dappoichè le vere leggi facevansi ne' Comizî anche al tempo de' Re, e ne' Comizî si seguitarono a fare anche dopo la loro espulsione e durante la repubblica, quando sopraggiunsero pure i Plebisciti.

Per poterne avere una qualche idea precisa, fa d' uopo ricordare che nel popolo romano si distinguevano tre classi di persone, cioè: 1 patrizi — 2 clienti — 3 plebei — La casta de' patrizî, superiore e dominante, avea una preminenza ne' diritti politici, e un monopolio nelle funzioni religiose e sacrali, e inoltre abbondava di ricchezze. La clientela era una specie di vassallaggio del medio evo, cioè persone che metteansi sotto la protezione de' patrizî, da' quali ordinariamente aveano terre a coltivare. La plebe (da *pleo*, folla, moltitudine) non avea che far nulla con la clientela, nè avea alcun rapporto co' patrizî, ed era composta principalmente di agricoltori residenti per lo più su' loro campi e liberi proprietarî delle terre ehe coltivavano, da immigranti de' paesi circonvicini, da vinti in guerra ed insigniti della cittadinanza ec. Nella plebe vi era molta ineguaglianza economica, dapoichè vi rientravano ricchi possidenti, di media fortuna, e proletarî.

La ineguaglianza non economica, ma de' diritti politici era causa di contrasto tra patrizii e plebei perchè la classe numerosa di costoro non volea soggiacere al predominio di quelli. E qui si avverta che codesta lotta non è da confondersi con l' altra puramente economica per la questione agraria, la quale ripassava non già tra patrizii e plebei, ma tra i non possessori di terre e lo Stato come possessore dell' *ager publicus.*

Or, fino al Re Servio Tullio, le Leggi facevansi da' Comizii curiati, ch' erano convocati appunto da' Re.

Erano tali comizii assemblee popolari divise per quartieri, e si connettevano cogli ordini militari, e vi prendevano parte le tre classi di patrizii, clienti e plebei; ma i patrizii vi aveano preponderanza, sia pe' comandi militari ch' essi aveano, sia pel valido aiuto che loro davano i clienti.

Era naturale che i plebei se ne risentissero, e specialmente coloro che tra essi erano possidenti; onde Servio Tullio fece una grande riforma negli ordini dello Stato, e diè una prevalenza non a privilegii di discendenza, ma al principio dell' interesse nella contribuzione, cioè al censo, per lo che accadde che i plebei potettero

Digitized by Google

per tal modo essere ammessi al Senato, il quale prima era riservato a' soli patrizii, e ne seguì una preponderanza del censo anche nella formazione delle Leggi, perchè per armonizzare gli ordini diversi dello Stato a quel principio di conservazione, si variarono i comizii e si disposero per centurie nelle quali vi era una subordinazione e una scala patrimoniale, onde sorsero i *comizii centuriati*. In questi per lungo tempo si mantenne, anzi si estese e si afforzò la sovranità del popolo, perchè, oltre alle leggi, tali comizii ebbero giurisdizione nella nomina de' Magistrati maggiori, e nel giudizio delle più importanti cause criminali.

La votazione delle leggi facevasi pel sì e pel no, mediante due tavolette in una delle quali erano scritte le lettere u. r. (*uti rogas*) e in un altra lettera era scritta la lettera *a.* (*antiquo*).

La prevalenza del censo, e specialmente della casta patrizia che era più ricca, destava mali umori nella classe de' plebei proletarii o piccioli possidenti, onde avvennero sollevazioni, talune delle quali assai clamorose. I patrizii cominciarono a cedere riconoscendo speciali ufficiali plebei, e così Tribuni ed Edili tolti dalla plebe, ma finalmente la forza delle cose portò che dovettero riconoscere come legali i comizii che a lor volta facevano i plebei (*concilia plebis*), i quali comizii furono designati col nome di *comitia tributa*. In questi facevansi anche leggi, che vennero chiamate *Plebiscita*, e che ebbero forza obbligatoria al pari delle *Leges*, che facevansi ne' comizi centuriati.

Divenuti così i *comitia tributa* assemblea ordinaria dello Stato, e messi presso a poco a livello de' *comitia centuriata*, prendeano parte ne' plebisciti anche i patrizii, ma questi, confusi nella folla, erano vinti dalla moltitudine plebea.

E potettero non essere spiccatamente pugnanti le Leggi che risentivano della parte patrizia, e i Plebisciti che risentivano della parte plebea, sia perchè era conciliante la presenza de' patrizii ne' comizii tributi, sia perchè molti plebei possidenti facevano parte de' comizii centuriati, sia perchè il Senato, il quale si occupava principalmente della parte politica, avea ingerenza e nelle Leggi e ne' Plebisciti, dovendo quelle esser sottomesse alla sua approvazione, e potendo questi essere dal Senato annullati e cassi specialmente per vizii di forma.

Alcune leggi ed alcuni plebisciti segnano dei punti culminanti nella storia di Roma, ma la importanza maggiore in tutta la storia del diritto Romano si ebbe dalla legge delle XII tavole, la quale venne compilata negli anni 303 e 304 u. c.

Furono spediti in Grecia tre legati per ritrarre le leggi che vi avevano vigore, dieci composero la Legge con le modificazioni richie-

Digitized by Google

ste dalle antiche costumanze romane e dal genio tutto romano, e ne fecero dieci tavole, alle quali poi vennero aggiunte altre due, onde le tavole furono dodici. Essa ebbe una immensa importanza, perchè i patrizii e i plebei vi riscontravano la garenzia delle comuni franchigie, trovandovisi norme di dritto pubblico, privato, e sacro.

Fu quella legge considerata come uno Statuto fondamentale, e fu detta *carmen necessarium*, e ad essa si riattaccarono tutti i progressi del diritto Romano. Molti tentativi si sono fatti per restituirla nella sua integrità, traendone i frammenti specialmente dal Corpus juris e da opere antiche diverse, come di Cicerone ecc.

§ 45. *3 e 4 fonte — Senato Consulti — Costituzioni di Principi* — Sopraggiunse l'Impero, e primo pensiero degl' Imperatori fu quello di togliere con mezzi larvati, e specialmente col sostituire le Magistrature imperiali alle antiche, ogni importanza politica al Senato — Pian piano gl' Imperatori potettero impossessarsi di ciò che tenea alla politica, e debilitare la forza de' Comizii, i quali erano andati pur corrompendosi. E il Senato che vedea sfuggirsi di mano la politica cercò a sua volta di attrarre a se il potere legislativo — Onde accadde che quasi insensibilmente si ebbe il passaggio del potere legislativo da' Comizii al Senato, e del politico dal Senato agl' Imperatori.

§ 46. Ma questi presero a predominare anche nelle Leggi, le quali si facevano dal Senato con proposta in iscritto di essi (*epistola*), ovvero con proposizione orale (*oratio*). Il Senato si mostrò sempre più umile e cedevole, fino a che si ridusse ad un' ombra di potere, e gli Imperatori usurparono totalmente il potere legislativo. Il diritto imperiale ebbe il nome di *Constitutiones*, parola generica che indicava qualunque disposizione amministrativa o giuridica presa dal Principe a misura dei poteri avuti od usurpati, ma si avverta che i migliori Imperatori chiamarono nel seno del proprio consiglio i più eminenti Giureconsulti del tempo.

Tali costituzioni prendevano nomi diversi cioè:

Edicta erano le generali notificazioni, pubblicate in tutto lo Stato.

Mandata erano le istruzioni e le facoltà accordate agli ufficiali pubblici e specialmente a' Luogotenenti.

Decreta, *sententiae*, erano le sentenze e le decisioni prese dal principe in una questione giuridica.

Rescripta erano le risposte che gl' Imperatori davano sopra singoli casi, specialmente sui dubbii dei Magistrati ed anche sui libelli delle parti e sulle domande dei corpi morali.

§ 47. 5 *fonte — Editti de' Magistrati* — Presso a poco lo stesso ricordo deve farsi per gli *Editti* dei *Magistrati*. Durante la repubblica il

Digitized by Google

Pretore, gli Edili ecc. quando entravano in carica, che durava un anno, facevano un Editto col quale dichiaravano il modo come avrebbero applicato il diritto, che cercavano di rendere più umano.

Era una grande libertà ed un potere legislativo dato ai Magistrati, perchè questi svolgevano con molta cautela il diritto, e lo adattavano a' nuovi bisogni, onde riunivansi i due principii che debbono sempre coesistere pel retto svolgimento delle leggi, cioè la conservazione e il progresso. Ma sopraggiunti gl'Imperatori, non potevano certo compiacersene, intesi com' erano a restringere tutto in loro mano. Fu l' Imperatore Adriano che fece riunire tutti gli Editti da Salvio Giuliano e fece formare l'Editto perpetuo cui diè forza di legge.

Con la pubblicazione dell'Editto perpetuo, i Magistrati perderono il potere legislativo. Era intanto l' Editto perpetuo, cosa di gran senno, e i Giureconsulti vi fecero commenti preziosissimi, i cui frammenti si leggono nel Digesto.

§ 48. 6 *fonte—Responsi dei Giureconsulti*—Restano i *responsa prudentum.* Al tempo della Repubblica era libero a tutti i Giureconsulti di *respondere in jure*, cioè di rispondere alle quistioni di diritto. Le numerose opinioni conformi formavano una specie di diritto consuetudinario, e in tal guisa quei responsi divenivano supplemento alle leggi. La popolarità che godevano i Giureconsulti, la facoltà che loro provveniva di concorrere al movimento legislativo mediante il diritto che si stabiliva con la consuetudine, spinsero Augusto ad istituire una classe di giureconsulti officiali, ed Adriano a dar forza di legge a' responsi se tutti fossero di accordo. Decaduta poi la scienza del diritto, e non avendosi giureconsulti viventi, si facea ricorso alle opere degli antichi, le quali erano numerose e di opinioni discordanti, onde Teodosio emanò la così detta Legge delle citazioni, per la quale diè forza obbligatoria alle opere di cinque de' più famosi Giureconsulti precedenti, disponendo che in caso di contradizione si stesse al parere del Giureconsulto Papiniano. Per tal modo le opere di que' cinque Giureconsulti ebbero forza di legge scritta. Compendiata poi la dottrina racchiusa nelle opere e di quei cinque e di altri trentaquattro Giureconsulti si ebbero le Pandette, chiamate anche Digesto, di cui parleremo nella compilazione del *Corpus Juris*, e così quelle opere entrarono nel campo del *jus scriptum.*

§ 49. Esaurita brevemente la rassegna logica più che storica delle fonti del diritto scritto romano, fa d' uopo conoscere che la legge scritta non obbliga se non è pubblicata, e ciò è giusto perchè, dovendo essa da tutti osservarsi, deve da tutti essere conosciuta. La pubblicazione ordinariamente facevasi con la incisione della Legge in tavole di bronzo, e al tempo degl' Imperatori mediante lettura

Digitized by Google

(*oratio*) fattane dal Console cui la legge fosse indirizzata, nel Senato della Capitale, ovvero mediante una pubblica notificazione (*edictum*). Ma differenza tra promulgazione e pubblicazione in Diritto Romano non v'era, e soltanto alcuna volta, specialmente sotto gl'Imperatori, si rendeva obbligatoria la legge un mese o due dopo la pubblicazione. (1)

Jus non scriptum

§ 50. Ogni diritto si costituisce prima sotto forma di consuetudine, perchè le idee giuridiche cominciano quasi per istinto ad essere osservate come regole di vita. Ma moltiplicandosi e complican-

---

(1) Per diritto vigente si ha un sistema che è in corrispondenza della forma costituzionale del nostro governo.

Le fonti sono — 1 le leggi — 2 i regolamenti — 3 i decreti — 4 le istruzioni ministeriali.

Per la esistenza della legge si richieggono tre cose, cioè — 1 Formazione — 2 Promulgazione — 3 Pubblicazione. E per la formazione si richieggono altre tre cose — 1 Proposizione — 2 Approvazione delle Camere—3 Sanzione del Re

Or è chiaro ciò che significa proposizione ed approvazione delle Camere; la sanzione è l'approvazione accordata dal Re alla legge e risulta dalla sua firma: la sanzione è atto di potere legislativo. La promulgazione invece è atto di potere esecutivo e significa l'atto con cui il Re attesta alla società l'esistenza della legge, e ne ordina l'osservanza. La pubblicazione è la notifica che se ne fa ai cittadini, ed essa risulta dalla inserzione nella raccolta delle leggi, dall'annunzio nella Gazzetta Ufficiale e dal decorrimento di 15 giorni dall'inserzione e dall'annunzio.

I regolamenti ed i Decreti sono atti del potere esecutivo, perchè con essi si provvede alla esecuzione delle leggi, cioè sviluppandone le conseguenze, e dando disposizioni di dettaglio, e prescrivendo norme per la retta e facile esecuzione.

La differenza tra Decreti e Regolamenti è che questi provveggono alla generalità di casi o di persone, e i Decreti d'ordinario riguardano o casi speciali o persone determinate.

Essendo atti del potere esecutivo, segue — 1 che possono modificarsi a seconda delle circostanze dallo stesso potere esecutivo — 2 che ànno esistenza appena sono firmati dal Re e dal Ministro responsabile — 3 che i Magistrati non ànno l'obbligo di applicarli, qualora o siano incompatibili con la legge o lesivi dei diritti del potere legislativo.

Le Istruzioni Ministeriali obbligano gl'Impiegati a cui i Ministri ànno diritto di comandare e d'imporre norme per l'uniforme applicazione della Legge. Ai cittadini è libero di seguire i consigli e le direzioni in esse tracciate, o di ricorrere ai Tribunali contro l'applicazione di novelle disposizioni che credono lesive dei loro diritti. Legge de' 23 giugno 1854, Regio Decreto de' 30 detto mese ed anno, Legge 21 aprile 1861, Regio Decreto 21 aprile 1862, art. 1 Disposizioni preliminari del Codice Civile.

Digitized by Google

dosi le relazioni civili, sorge il bisogno di ricorrere all'autorità legislativa per avere una norma indubbia e scritta, onde si formulano in legge i principî del diritto nazionale, e alla consuetudine succede la legge.

Or la consuetudine si definisce : *Jus tacito consensu legislatoris introductum*. Ossia la consuetudine è osservanza d'azioni seguite dal popolo , le quali prendono forza di legge tostochè per costumanza prolungata e costante non è avversata, ma invece è tollerata e secondata dal legislatore. Se non che dalla consuetudine come diritto, bisogna tener ben distìnta la consuetudine come uso che venga a determinare l'estensione o a regolar l'esercizio del diritto costituito per riferimento che vi faccia la legge scritta. Tale uso vien pure chiamato impropriamente consuetudine.

La differenza tra la consuetudine e l'uso cui la legge scritta si richiami, è enorme, perchè l' una costituisce un diritto, e l' altro un fatto, onde la conseguenza che per l' una potrebbe non darsene la prova dovendo il Giudice applicare anche d'ufficio il diritto consuetudinario, mentre l' uso deve sempre provarsi.

Del rimanente i caratteri costitutivi e della consuetudine e dell'uso sono identici, e si riducono — 1 alla diuturnità del tempo — 2 ed alla frequenza di atti consimili (1).

X.

Effetti del diritto positivo.

§ 51. Il diritto positivo (che i Romani chiamavano *jus civile*, come abbiamo detto al § 22) à i suoi effetti, i quali si distinguono in generali e speciali.

Effetti generali.

§ 52. Sono due — Il primo è che la legge restringe la libertà civile , la quale non potrebbe essere ordinata nè sussistere senza la esatta osservanza delle restrizioni che la legge apporta alla naturale libertà pel benessere sociale.

Or la legge, per codesta restrizione di libertà civile, à per ufficio di *imperare*, *vetare*, *permittere*, *punire*.

---

(1) Il Codice Civile non riconosce più la consuetudine come diritto essendo questo sufficientemente sviluppato e sanzionato, ed opponendovisi d'altro canto la forma di Governo. Art. 48. Disposizioni transitorie del Codice Civile — Ma riconosce l' uso in molti punti ai quali si riferisce, come negli art. 487, 489, 506, 580, 1505, 1576, 1600, 1609.

Digitized by Google

Ma in realtà l' ufficio della legge è il comando o il divieto, cioè impone atti positivi o atti negativi; dapoichè non è più che una conseguenza l' esser permesso ciò che non rientra nel comando o nel divieto della legge, godendosi in tal caso della libertà; ed è altra conseguenza la pena di chi contravviene al comando o al divieto della legge, perchè se non vi fosse pena, la legge non sarebbe obbligatoria. La pena poi varia immensamente ed à molte gradazioni dalla nullità degli atti, fino alla vita stessa dell' uomo.

§ 53. Il secondo effetto generale è l' obbedienza che tutti i cittadini debbono alla legge. In tale obbedienza sta il fondamento dell' ordine sociale, cosicchè per quanto dura la legge sia, deve avere senz' altro la sua piena osservanza, e non è punto lecito insorgere contro di essa facendone richiamo a' Magistrati. (1)

§ 54. Per altro, non ostante la obbedienza che tutti i cittadini debbono alla legge, essi possono derogarvi per quelle disposizioni che sone stabilite in loro favore, e che riguardano il loro privato interesse, senza che vi sia menomamente complicato l' ordine pubblico, o il buon costume, e sempre quando non si tratti di legge proibitiva. *Regula est juris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare.* E la ragione è che non si deve dare forzosamente un beneficio a chi non lo vuole. *Beneficia non dantur invitis* (2).

Effetti speciali.

§ 55. Gli effetti speciali del diritto positivo sono in relazione al tempo e allo spazio.

Per riguardo al tempo è da avvertire che la legge, come ogni altra cosa di questo mondo, è destinata a cadere, e leggi nuove succedono di continuo alle antiche. Or, avutasi una legge nuova, è a vedere quando precisamente e in quale estensione sia caduta la legge

(1) La legge deve applicarsi qual'è senza pretendere dal Magistrato che la corregga, art. 1 Disposizioni preliminari del Codice Civile, e soltanto è permesso esaminare se si tratti di vera legge, cioè se è stata compiuta nelle forme prescritte, vale a dire approvata dalle Camere, sanzionata dal Re, e divenuta obbligatoria mediante la promulgazione e pubblicazione. Ciò è per la legge.

Contro i Decreti e i Regolamenti si può fare ricorso a' Tribunali, i quali non sono tenuti ad applicarli e debbono dichiararli incostituzionali, quando sono in opposizione alla legge, ovvero lesivi del potere legislativo, ciò che presto si vede in base a quanto abbiamo detto in nota al § 49.

Le Istruzioni Ministeriali poi, sebbene debbano osservarsi dagl'Impiegati, cui i Ministri àn diritto di comandare, pure possono formare anche oggetto di richiamo a' Tribunali da parte de' privati.

(2) Teoria uniforme, argom. a contr. art. 12 Disposizioni preliminari del Codice Civile.

Digitized by Google

antica, onde la teoria dell'*abrogazione e della derogazione della legge*; ed è a vedere del pari se la legge antica o la nuova debbano regolare un determinato rapporto di diritto, onde la teoria della *retroattività della legge*.

Per riguardo poi allo spazio, la legge, come qualunque altra cosa, risente della varietà, e può bene accadere, come accade, che la legge di uno Stato sia diversa da quella di un altro Stato, e in tal caso bisogna determinare quale delle due leggi debba applicarsi per un determinato rapporto di diritto, anche perchè di regola niuna legge può varcare i limiti dello Stato che la emana; onde la teoria del *diritto internazionale privato*.

Esaminiamo per tanto brevemente codeste tre teorie, alle quali si riducono gli effetti speciali di legge.

Abrogazione e derogazione della legge.

§ 56. *Derogatur legi, aut abrogatur; derogatur legi cum pars detrahitur, abrogatur legi cum prorsus tollitur* — Si ha dunque la derogazione quando ad una parte della legge sia tolta la forza obbligatoria: si ha l'abrogazione, quando la forza obbligatoria è tolta alla legge intera — La differenza tra l'una e l'altra è di estensione.

Tanto l'abrogazione, quanto la derogazione possono essere espresse o tacite.

Sono espresse allorchè il legislatore espressamente dice che abroga o deroga tutta una legge precedente o parte di essa.

Sono tacite o per incompatibilità di disposizioni, ciò che si rileva col principio logico di contradizione; ovvero quando la legge nuova regoli l'intiera materia regolata dalla precedente, perchè la nuova legge contiene tutto il pensiero del legislatore intorno all'argomento che ha preso di misura; ovvero per consuetudine (1).

§ 57. Ma le leggi sono generali o speciali, come abbiamo detto

(1) Teoria uniforme, meno per la consuetudine la quale oggi non ha la forza di abrogare o derogare alla legge, art. 5 disposizioni preliminari del Codice Civile. La ragione della differenza è che sotto Roma repubblicana risedendo il potere legislativo nel popolo, era logico che si ritenesse il tacito assenso del popolo per l'abrogazione o derogazione delle leggi. Ammesso una volta il principio, lo si ritenne anche dopo che il potere legislativo dal popolo passò al Senato, e poi dal Senato agl'Imperatori. *Rectissime receptum est ut leges etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogantur*. Ma oggi la forma di Governo è Monarchica Costituzionale, e non stando il potere legislativo nel popolo, non può ammettersi una desuetudine per abrogare o derogare alla legge. Vi sono poi due altre ragioni, cioè che oggi la consuetudine non può formare legge, come abbiamo già detto in nota al § 50, e il diritto à ricevuto un così esteso sviluppo e tale precisione, che sarebbe pericoloso vederlo in tutto o in arte abbattuto sol perchè sia invalsa una consuetudine contraria.

Digitized by Google

innanzi al § 27. E per codesta differenza dobbiamo ricordare che — *in toto jure generi per speciem derogatur, et hoc potissimum habetur quod ad speciem directum est.* E ciò significa che se la legge speciale è posteriore alla generale, l'una deroga all'altra; e se la legge generale è posteriore alla speciale, l'una non deroga all'altra. La ragione è che la norma comune deve sempre cedere alla norma particolare data per determinati rapporti, sia perchè il principio di contradizione non consente la conciliazione tra il generale e lo speciale, sia perchè il pensiero del legislatore si è compiutamente manifestato e per l'uno e per l'altro. (1)

Retroattività della legge

§ 58 *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.* E in fatti è certo che essendo la legge una norma per le azioni umane come abbiamo detto al § 21, e avendo la legge per ufficio il comandare o il proibire come abbiamo detto al § 52, può riguardare il futuro e non il passato, e può obbligare i cittadini soltanto per gli atti giuridici posteriori alla sua pubblicazione. Ma si fa eccezione per la legge interpretativa, la quale costituendo uno schiarimento della legge precedente, si unifica con essa, onde la legge interpretativa ha forza retroattiva. Però questa forza manca per quei rapporti di diritto pei quali siavi stata sentenza passata in giudicato ovvero transazione, perchè il giudicato ha la presunzione di verità, e la transazione tiene luogo di giudicato, come vedremo a proprio luogo (2).

(1) Teoria uniforme, argom. art. 5 Disposizioni preliminari del Cod. Civile.

(2) Tutti i Codici vigenti sono assai più laconici dello stesso diritto Romano, e si limitano, come il nostro, a dire che la legge dispone per l'avvenire e non ha effetto retroattivo, art. 2 disposizioni preliminari del Codice civile.

Ma la teoria della retroattività delle leggi è estesa e difficile, e noi vogliamo provarci a darne una qualche breve idea, seguendo il progresso della scienza giuridica e della giurisprudenza odierna.

I principii supremi in questo argomento sono il rispetto al diritto quesito, e la collegazione di ambedue le leggi in tutto ciò che è fra loro conciliabile. E codesti due principii formano la guida de'legislatori nelle leggi di diritto transitorio, cioè di passaggio tra la vecchia legge e la nuova, di cui si ebbero parecchie con la pubblicazione de'nuovi codici nel 1865, e specialmente una ben grave pel Codice civile.

Or la nuova legge non à effetto retroattivo quando concorrono due condizioni, cioè — 1. quando il fatto si era compiuto — 2. quando il diritto si era definitivamente acquistato prima della pubblicazione della legge novella. — In altri termini per non applicarsi la legge nuova deve trattarsi di *affare già*

Digitized by Google

Diritto internazionale privato

§ 59. Abbiamo innanzi veduto al § 25 che cosa s'intende per diritto internazionale privato. Abbiamo inoltre detto al § 55 com'esso s'innesti alla teoria degli effetti del diritto positivo. Or dobbiamo esa-

---

consumato, di cui si noverano quattro specie — 1 convenzioni irrevocabili validamente concordate fra le parti interessate — 2. transazioni fra le stesse parti — 3. sentenza passata in giudicato — 4. possesso di un diritto acquistato per la morte di taluno, avvenuta sotto l'impero della legge antecedente.

Laonde segue che:

1. la semplice aspettativa, ossia la speranza di acquistare un diritto è in balìa della legge nuova;

2. i diritti meramente facoltativi derivanti dalla legge, i quali ad attuarsi ànno bisogno di un fatto futuro, fintanto che non si esercitino e non si riducano ad effetto, si confondono con le nude speranze, le quali senza vizio di retroattività vanno colpite dalla legge novella;

3. la legge nuova non retroagisce, e si applica quando provvede alla conservazione dei diritti (sia pure definitivamente acquistati) subordinandone l'esercizio a talune diligenze e formalità stabilite per pubblico interesse;

4. Un diritto che può derivare dalla legge, e non da particolari convenzioni, se è negato dalla legge preesistente, può essere conceduto dalla legge posteriore, la quale non offende per questo lo statuto precedente;

5. Quando la legge nuova è diversa dall'antica, come la nuova non può colpire i fatti consumati ed i diritti definitivamente acquistati mentre era in vigore la prima, così l'antica non può regolare i fatti che avvengono posteriormente alla sua abolizione ed i diritti che sorgono e si sviluppano per causa ed occasione di tali fatti.

Si distinguono regole relative—1. allo stato e alla capacità delle persone—2. alle leggi interpretative—3. alle donazioni e a'testamenti — 4. a' contratti — 5. alle forme degli atti—6. alla prova—7. alla procedura—8. alla competenza—9. alla prescrizione—10 alle leggi penali.

1. Per lo stato e per la capacità delle persone, la legge nuova impera perchè tutto si riduce a restringere la libertà naturale, e in ciò può disporre la sola legge. Ma gli atti consumati ed i diritti quesiti non possono cancellarsi.

2. La legge interpretativa è permessa dall'articolo 73 dello Statuto Costituzionale, ed à effetto retroattivo perchè forma un insieme con la legge che rischiara. Non si può però estendere a'casi anteriori transatti o definitivamente decisi. Per altro la nuova legge può imporre nuove condizioni per la conservazione di un diritto acquistato.

3. La rivocabilità e la riduzione delle donazioni sono regolate dalla legge in vigore al tempo in cui divennero perfette, perchè le donazioni trasmettono all'istante diritti certi nel donatario — Riguardo poi a'testamenti è da osservare che la legge in vigore al' tempo della morte governa la riduzione, perchè allora il testamento prende forza—che la legge del tempo in cui è fatto il testamento ne determina la forma esterna, e che la legge del tempo della morte del testatore ne determina la solennità interna—che, la capacità civile di testare si richiede nell'uno e nell'altro tempo, e la capacità di ricevere nel solo tempo della morte del testatore.

Digitized by Google

minare i sistemi diversi che si sono succeduti su questo punto, incominciando dal Romano.

Qui dobbiamo innanzi tutto ricordare la distinzione dei diritti in civili e politici, distinzione molto importante e che abbiamo spiegata al § 18.

§ 60. Or gli stranieri erano esclusi in Roma da ogni esercizio di diritti civili e politici, e si applicava per loro il *jus gentium*, cioè si facea per essi valere la semplicità del diritto naturale, che è comune a tutti gli uomini. L'ufficio del Pretore Peregrino, più che altro, rispondeva alle necessità del diritto internazionale privato, e fece ottima prova perchè apportò grandissima influenza sullo stesso *jus ci-*

4. I contratti sono regolati dalla legge del tempo in cui son fatti, senza distinzione fra patti espressi e taciti, tra patti puri e condizionali. Per lo che, laddove cada in contestazione un contratto stipulato sotto qualunque condizione, l'esame deve essere regolato dalla legge vigente al tempo in cui fu fatto. Se sotto l'impero di altra legge si verifichi la condizione, questa deve retrotrarsi necessariamente al tempo del contratto.

Ma le rimote conseguenze di una convenzione, que'fatti cioè che avvengono per occasione della medesima (come la divisione di cosa comune) soggiacciono all'impero della legge nuova. Laonde ne'contratti bisogna distinguere gli effetti necessarii e immediati della stipulazione, dalle conseguenze rimote ed eventuali, le quali ànno luogo per gli accidenti del tempo avvenire. Solamente a'primi, come a diritti definitivamente acquistati è applicabile la regola *non est novum ut quae semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus extiterit a quo initium capere non potuerunt*; laddove alle seconde si applica la regola contraria — *extingui obligationem si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest.*

5. Le forme sono sempre regolate dalla legge del tempo in cui gli atti furono compiuti, onde la massima *tempus regit actum*, perchè sta nella natura delle cose che per le forme bisogna necessariamente adattarsi alla legge che è in vigore quando l'atto si fa.

6. In quanto alle prove, deve distinguersi il diritto dalla forma. Pel diritto à vigore la legge del tempo in cui si fece l'atto giuridico, trattandosi di un diritto quesito per un genere di prova anzichè per un altro. Per la forma à vigore la legge nuova, rientrando la forma di prova nella procedura che è di ordine pubblico.

7. Per la procedura bisogna sempre stare alla nuova, perchè, intesa come è alla guarentigia sociale, rientra nel diritto pubblico.

8. Per la competenza, si mantiene sempre la nuova, perchè la giurisdizione si riattacca alla sovranità territoriale ed all'ordine pubblico.

9. Per la prescrizione già compiuta si rispetta il diritto quesito: per quella non compiuta e che è in corso, il legislatore può regolarla come crede, non avendo ostacoli innanzi a sè.

10. Per le leggi penali, la legge nuova è applicabile, sia che cancelli un fatto dalla categoria dei reati, sia che infligga pene minori, ma non è applicabile se elevi a reato un fatto precedentemente accaduto o se infligga per esso pene maggiori. La ragione sta nelle considerazioni di umanità, ne'riguardi alla libertà individuale, e nell'interesse della società.

Digitized by Google

vile, facendo apprezzare l'essenza piuttosto che la forma negli atti giuridici, i rapporti naturali piuttosto che i vincoli politici, la buona fede e la equità anzichè il rigore dello stretto diritto.

Dalla esclusione degli stranieri nei diritti civili (*jura quiritum*) e nei diritti politici (*jura civitatis*) discendevano conseguenze rigorose, e tra le altre quella che lo straniero non poteva dare o ricevere per testamento, e i beni come vacanti ricadevano allo Stato. Ma pure vi era qualche temperamento — 1 e così chi non aveva la piena cittadinanza romana, ma l'aveva parziale, come vedremo parlando della cittadinanza, potea testare *secundum leges civitatis suae* — 2 fra i modi di acquistare la cittadinanza v'era la concessione anche individuale — 3 se lo straniero si congiungeva a un nazionale come ad un padrone, questi succedeva *jure adplicationis* — 4 lo straniero potea succedere per fedecommesso — 5 la cittadinanza si concesse ai tempi di Caracalla; e molto più ai tempi di Giustiniano a tutti gli abitanti del vasto impero.

§ 61. Nel medio evo sotto il regime feudale la condizione degli stranieri si rese più dura e per l'assoluta mancanza dei diritti civili e politici, e per le tasse ond'erano gravati, e per la sicurezza personale che era lor poco tutelata, e pel divieto rigoroso di dare o di ricevere per successione testata o intestata, onde i beni degli stranieri defunti andavano devoluti al Re o al Signore del feudo. Ciò fu chiamato diritto di *albinaggio*, la cui etimologia si ripete comunemente dalle due parole *alibi natus*.

Le province napoletane precorsero le altre contrade nella civiltà universale, poichè fin dai tempi dello Svevo Federico gli stranieri ebbero facoltà di testare, ed i Vescovi ebbero il mandato di consegnare i beni degli stranieri agli eredi.

Ma gli stranieri non abitanti nel regno e che vi avevano dei beni eran soggetti a un grave balzello, ed anche a donativi straordinarii. Si partiva dal principio ch'era dovuto allo Stato un compenso del consumo delle rendite nazionali all'Estero.

Ed in Europa si vivea poi, dove con un diritto più umano come da noi, dove molto più duramente, finchè per la influenza del Diritto Canonico e per la restaurazione della civiltà universale si riconobbe che la vera utilità comune stava in una perfetta e reciproca ospitalità e benevolenza delle varie genti, e si accolse generalmente l'altro principio della *reciprocità*, cioè che agli stranieri si concedesse quella larghezza che alla loro patria avessero trovato i nazionali.

§ 62. Se non che qui dobbiamo passare ad un altro ordine d'idee, che viene intimamente a connettersi con le precedenti.

Nei mezzi tempi e col regime feudale v'erano molti territorii più

Digitized by Google

o meno indipendenti l'uno dall'altro. Ogni provincia, ogni città era regolata da consuetudini particolari, conosciute nelle repubbliche Italiane dapprima, e di poi anche in altri paesi, sotto il nome di *Statuti*.

Le relazioni di amicizia, di parentela, e di commercio, le quali si stabilirono fra gli abitanti dei diversi territorii, diedero origine a controversie per le quali dovea stabilirsi innanzi tutto quale fosse lo statuto d'applicare. Erano d'ordinario conflitti tra le diverse consuetudini da cui era governato uno Stato medesimo.

Ma gli Statuti locali svanirono all'apparire di una legislazione sola per ogni Stato, e allora cessò la prima sorgente di conflitti tra gli Statuti, e si ebbero i conflitti tra le Legislazioni dei diversi Stati indipendenti.

Le basi dei conflitti tra le legislazioni dei diversi Stati furono quelle stesse dei conflitti tra gli Statuti, e codeste basi ebbero il nome di diritto internazionale privato.

Crediamo necessario esporne brevemente il sistema, altrimenti non potrebbe intendersi il diritto odierno.

§ 63. L'uomo ha con la legge tre rapporti, per la sua persona, pei suoi beni, e pei suoi atti.

Per la persona trova egli nella Legge i diritti relativi al suo stato e alla sua capacità giuridica, come la cittadinanza, la patria potestà, la legittimità, la maggiore età ecc.

Pei beni vi trova i diritti pei quali può godere e disporre delle sue cose, modificare le cose di altrui proprietà ecc.

Per gli atti vi trova la norma delle sue azioni positive o negative che sieno, e così le modalità degli atti giuridici, le forme per la validità di essi, le pene per gli atti illeciti ecc.

Codesti rapporti di diritto mettono capo a rapporti di fatto.

Il rapporto di diritto della persona mette capo al rapporto di fatto del luogo dove sta la patria di essa, perchè le qualità personali restano impresse su di lei, *ossibus haerent*. Così la qualità di padre, la qualità di figlio non possono cancellarsi e perdersi dalla persona che n'è rivestita, sol perchè ella passi da uno Stato all'altro.

Il rapporto di diritto dei beni mette capo ad un doppio rapporto di fatto secondochè si tratti di mobili o d'immobili. Pei mobili il rapporto di fatto è il luogo del domicilio della persona, perchè i mobili servono precisamente all'uso di essa. Ma per gl'immobili è il luogo dove questi si trovano, perchè la giurisdizione territoriale dello Stato richiede la soggezione del territorio.

Il rapporto di diritto degli atti mette capo al luogo della residenza o dimora della persona, perchè chi sta in un punto deve assoggettarsi alle prescrizioni di legge che vi hanno vigore.

Digitized by Google

Di che si ebbero gli Statuti personali, reali, e misti, e si fissarono le massime regolatrici accolte in quasi tutta Europa.

Per lo Statuto personale, cioè pel rapporto di diritto relativo allo stato e alla capacità giuridica rispondente al rapporto di fatto della patria, si ebbe la massima—*Statuta personalia personam sequuntur*— il che significa che le leggi relative allo stato e alla capacità giuridica della persona la seguono sempre, dovunque ella si trasferisce, anche oltre i limiti del territorio dello Stato in cui rientra la sua patria.

Per lo Statuto reale, cioè pel rapporto di diritto relativo ai beni, si ebbero due rapporti di fatto, secondochè si trattasse di beni mobili o di beni immobili.

Pei mobili si tenne al rapporto di fatto del luogo del domicilio della persona, perchè i mobili son destinati alla comodità ed al servizio di questa, e si presumono perciò presso di lei, onde la massima—*mobilia sequuntur personam*—il che significava che pei mobili si applica la legge del luogo del domicilio. Per gl'immobili invece si tenne al luogo dov'erano situati, per lo riguardo dovuto alla sovranitá territoriale, e si disse — *immobilia reguntur legibus loci ubi sita sunt.*

Per lo statuto misto, cioè pel rapporto di diritto relativo agli atti rispondente al rapporto di fatto del luogo della residenza o dimora, si ebbe la massima—*locus regit actum*—cioè per gli atti si applica la legge del luogo dove vengono fatti. (1)

---

(1) Il Codice civile italiano à fatto in questa parte le più belle e liberali innovazioni per le quali si distingue da tutti i Codici di Europa.

Innanzi tutto à reso omaggio al principio di solidarietà tra' popoli e alla fratellanza della umana famiglia ammettendo gli stranieri al godimento de' diritti civili. Bandito già da un tempo l'immane diritto di albinaggio, che venne sostituito dalla condizione della reciprocanza, il Codice in luogo di questa à proclamato la libertà e la eguaglianza fra Italiani e stranieri nell' esercizio de' diritti civili in Italia, senza alcuna limitazione, art. 3 Cod. civ.

Lo straniero è escluso soltanto da' diritti politici strettamente intesi, cioè da quelli che tengono in qualunque modo al governo della cosa pubblica, di cui abbiamo parlato in nota al § 16. E la ragione è doppia, sia perchè tali diritti ànno de' corrispondenti doveri verso lo Stato, e si connettono a' diritti di cittadinanza, onde niuno potrebbe esercitarli in due Stati diversi, nella stessa guisa che niuno può esser cittadino di due nazioni, come diremo parlando della cittadinanza, sia anche perchè la maggior parte de' diritti politici si riducono alla partecipazione al Governo dello Stato, e non si può ammettere che uno straniero possa comandare nella nazione altrui.

Il Codice inoltre per tutto quant'altro si attiene al diritto internazionale privato muove da larghe e liberali vedute, ed attua un sistema perfettamente razionale riducendo in altrettanti articoli di legge i criterii svolti dall'insigne Savigny nel Cap. 1. Tom. VIII.

Questi avea bene avvertito che con le poche regole innanzi ricordate non si

Digitized by Google

XI.

Cenni sulla compilazione del corpus juris, sulla vita di Giustiniano, e sulle posteriori vicende del Diritto Romano.

§ 64. Per quanto si è detto nelle fonti del diritto, già si vede quale enorme ammasso di leggi si era formato in Roma. La mole n'era

---

poteva provvedere a tutti i casi di conflitto tra Legislazioni disparate. E in fatti erano acri le dispute per conoscere se un determinato rapporto di diritto rientrasse nello Statuto reale ovvero nel personale, come ad esempio per le successioni le quali abbiano beni mobili e immobili, per le donazioni fra coniugi, ecc.

Il sistema di Savigny poggia sopra due principii, l'uno cioè di largheggiare verso gli stranieri, e l'altro di moltiplicare le regole de' rapporti di diritto per quanti in realtà questi rapporti sono, e moltiplicare anche i rapporti di fatto per dar sede opportuna a quelli di diritto.

Or tali rapporti, egli dice, se in generale si possono distinguere in reali e personali, si determinano però sotto cinque aspetti diversi, cioè:

1. Stato e capacità giuridica della persona.
2. Diritto delle cose.
3. Diritto delle obbligazioni.
4. Diritto di successione.
5. Diritto di famiglia.

E in rapporti di fatto, i quali possono servire a determinare la sede del rapporto giuridico, e tra i quali si tratta di scegliere per ciascuna specie, sono:

1. Il domicilio.
2. Il luogo dove è situata la cosa.
3. Il luogo dove l'atto si fa.
4. Il luogo del Giudice chiamato a giudicare.

In altri termini gli antichi tre statuti reale, personale, e misto, e le antiche massime corrispondenti, sono rimasti tali quali erano, ma si sono determinati meglio i rapporti, rendendoli più precisi e più numerosi, affinchè si fosse potuto ben provvedere a' casi occorrenti, ed esser larghi e liberali verso gli stranieri.

Giova perciò tornar col pensiero a ciascuno statuto e a ciascuna massima e vedere ciò che ha disposto il Codice, seguendo i dettami del Savigny.

Statuto personale

Massima — Statuta personalia personam sequuntur.

Si son fissati tre rapporti di diritto, cioè — 1 di stato della persona — 2 di capacità giuridica di essa — 3 di diritti di famiglia. Tutti e tre tali rapporti sono regolati dalla legge della nazione a cui la persona o la famiglia appartengono, art. 6 disposizioni preliminari del Codice civile. La ragione è che lo stato è fissato dalla legge nazionale e non ammette variazioni essendo qualità deri-

così grave che alcuno non dubitò chiamarla *magnorum camelorum onus*. Un qualche ordine, una qualche codificazione era assolutamente indispensabile.

§ 65. Primo fu un Giureconsulto chiamato Gregorio il quale pubblicò una raccolta delle Costituzioni Imperatorie da Adriano a Diocleziano, onde si ebbe il Codice Gregoriano. Poi Ermogene pubblicò

---

vanti dalla natura e dalla società. I rapporti di famiglia poi sono un complemento della umana personalità.

Statuto reale

Massime — Mobilia sequuntur personam—Immobilia reguntur legibus loci ubi sita sunt.

Innanzi tutto è da avvertire che il codice civile pe' beni mobili ed immobili dello straniero, si riferisce a que' soli ch'egli abbia in Italia.

Or, per lo statuto reale si sono stabiliti cinque rapporti di diritto, cioè — 1 per le successioni — 2 per gli atti di ultima volontà a titolo particolare e per le donazioni —3 per le obbligazioni — 4 per gli altri rapporti che riguardano cose mobili — 5 ovvero che riguardano cose stabili.

Le successioni legittime o testamentarie, sia quanto all'ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successorii, sia per la intrinseca validità delle disposizioni, sono regolate dalla legge nazionale della persona della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni, ed in qualunque paese si trovino, art. 8 disposizioni preliminari del Codice civile. La ragione è che per le successioni il principio direttivo e dominante è la volontà del *de cujus*, onde si è potuto improntare alla successione medesima il carattere di statuto personale e non di reale.

Per le disposizioni di ultima volontà a titolo particolare è stabilito che la sostanza e gli effetti di esse si reputano regolati dalla legge nazionale dei disponenti, art. 9 capoverso primo, disposizioni preliminari suddette. La ragione è quella stessa ora cennata per le successioni.

La stessa regola è dettata dal Codice in quanto alle donazioni, art. 9 capoverso suddetto, e la ragione sta nell' affinità che ripassa tra le donazioni e le disposizioni di ultima volontà, ed anche dacchè per le donazioni il principio dominante è la volontà di chi dona.

A codesti liberali principii è di correttivo e di freno l'art. 12, per lo quale non si può mai derogare alle leggi proibitive del regno, alle leggi riguardanti l'ordine pubblico e il buon costume.

Le obbligazioni si reputano regolate dalla legge del luogo in cui furono fatte, e se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, si reputano regolate dalla loro legge nazionale, ma è salva la dimostrazione di una diversa volontà, art. 9 capoverso disposizioni suddette. Anche per le obbligazioni domina la volontà de' contraenti, onde, in mancanza di volontà espressa, si ricorre alle presunzioni più probabili.

Per gli altri rapporti che riguardano cose mobili si applica la massima—*mobilia sequuntur personam*, art. 7 disposizioni suddette, dovendosi i mobili pre-

Digitized by Google

la raccolta delle Costituzioni da Diocleziano a Costantino, e si ebbe il Codice Ermogeniano. Quindi l'Imperatore Teodosio fece racco-

sumere al seguito della persona pel cui comodo servono; e per i rapporti che riguardano cose stabili si applica l'altra massima — *immobilia reguntur legibus loci ubi sita sunt*, art. 7 capoverso disposizioni suddette, e ciò pel rispetto alla sovranità territoriale. Ma sebbene pe' mobili si applichi la legge della nazione del proprietario, pure si dichiara che sono salve le contrarie disposizioni della Legge Italiana, art. 7 disposizioni preliminari suddette, e ciò si è stabilito principalmente per assicurare il pagamento della ricchezza mobile.

Con ciò finisce la materia principale che più direttamente si riattacca al sistema di Savigny. Ma sebbene meno direttamente, di esso pure fa parte la teoria dello

Statuto Misto

Massima—Locus regit actum.

Si son fissati cinque rapporti di diritto—1 per la forma estrinseca degli atti—2 per la competenza e per le forme dei procedimenti—3 pei mezzi di prova—4 per la esecuzione delle sentenze straniere—5 per la soggezione dello straniero alle leggi penali e di polizia e di sicurezza pubblica.

La forma estrinseca degli atti è determinata dalla legge del luogo ove si fa l'atto, art. 9 prima parte disposizioni preliminari suddette, perchè la forma tiene al diritto pubblico essendo una guarentigia sociale.

Per la competenza e per le forme dei procedimenti si sta alla legge del luogo in cui segue il giudizio, art. 10 disposizioni preliminari suddette, perchè la competenza promana dalla sovranità nazionale, e la forma dei giudizî è di diritto pubblico.

I mezzi di prova sono quelli determinati dalla legge del luogo in cui l'atto fu fatto, art. 10 capov. 1 disposizioni preliminari suddette, perchè le pruove formano un sistema che s'impone dalla Legge indipendentemente dalla volontà dei privati, come vedremo nella materia probatoria.

Le sentenze straniere avranno vigore quando sieno dichiarate esecutive dalle Autorità nazionali, e nelle forme stabilite dal codice di procedura civile, articolo 10 capoverso 2 disposizioni preliminari suddette, art. 941 a 950 codice di procedura civile. La ragione è che si deve indagare se le forme più essenziali del processo, quelle che sono una guarentigia essenziale della rettitudine dei giudizii, sieno state osservate. La quale ricerca deve essere fatta con la scorta di due criterii, l'uno consistente nelle leggi del paese dove fu pronunziata la sentenza, e l'altro in certi principii generali di logica legale fondati sulla natura stessa dei giudizii in genere, come il contraddittorio, la parità di trattamento ec.

Lo straniero poi dimorante nel regno va soggetto alle leggi penali, di polizia, e di sicurezza, art. 11 disposizioni preliminari suddette, sia perchè si presume che egli abbia la volontà di assoggettarvisi, non potendo certamente egli trovarsi fuori legge, sia perchè il dovere della ospitabilità impone che non si arrechi turbamento.

La serie delle regole di diritto internazionale privato è chiusa con un correttivo per tutte le disposizioni liberali fatte in prò degli stranieri—Non essendo permesso ai nazionali di derogare alle leggi proibitive, ed alle tutelari dell'ordine pubblico, della morale, e dei buoni costumi, ne è fatto divieto anche allo straniero, art. 12 disposizioni preliminari suddette, perchè il diritto pubblico sovrasta il privato, la morale e i buoni costumi stanno sopra i legislatori.

Digitized by Google

gliere quelle da Costantino a' tempi suoi, e si ebbe il Codice Teodosiano. Di tali tre Codici oggi esiste soltanto quest'ultimo.

§ 66. Tal'era lo stato delle cose a' tempi dell' Imperatore Giustiniano, il quale si affrettò nel primo anno del suo regno ad istituire una Commissione di dieci giureconsulti per compendiare tutte le Costituzioni da Adriano a' tempi suoi. L' opera fu compiuta in quattordici mesi, e venne pubblicata come Codice.

A tal modo Giustiniano ordinò una delle grandi parti del diritto, cioè le leggi degl' Imperatori chiamate a tal' uopo *leges*. Se nonchè vi era l'altra parte molto più preziosa ma più confusa e di difficile codificazione, cioè vi erano le immense opere de'Giureconsulti, chiamate col nome di *jus*. Le fonti del diritto si erano allora ridotte a codeste due, cioè alle Costituzioni de'Principi, ed alle opere de'Giureconsulti, perchè le leggi del popolo romano, i plebisciti, i senatoconsulti, e gli editti de'magistrati si erano fusi in quelle.

Or Giustiniano per ordinare il *jus* diè incarico ad una Commissione composta di diciassette Giureconsulti, i quali vi lavorarono tre anni, e ne trassero frammenti, li ordinarono, e si ebbe un Codice chiamato Pandette, altrimenti detto Digesto. La quale raccolta non comprende già i frammenti di tutti i Giureconsulti Romani, ma di trentanove di essi, e principalmente di quelli che fiorirono da' tempi di Adriano, quando la universale giurisprudenza subì un grave mutamento, e per la pubblicazione dell'Editto perpetuo ch'era pieno di sapienza, fatta anche risaltare da'commenti de' giureconsulti, e perchè è un fatto che i Giureconsulti di maggior levatura si ebbero precisamente sotto l'Impero. Or parecchi si sono industriati di indagare come mai la maggior luce del diritto siesi potuta avere in quell'epoca. È bene che i giovani ne conoscano le ragioni, le quali sono— 1. che in un Governo libero i diritti politici sono i primi di tutti i diritti, ed in un Governo dispotico i diritti privati, rimasti soli, si rendono più preziosi—2. che in un Governo libero e leale in cui si osservano le leggi, le agitazioni si rivolgono contro le leggi, e in un governo dispotico si rivolgono contro il Principe dominante, perlocchè le Leggi, lasciate tranquille, ànno cultori spassionati—3. perchè la forma repubblicana à sempre un carattere più spiccato e severo per la osservanza del diritto, e un governo di vasta estensione e non molto coerente à bisogno di raccomandarsi alla equità naturale — 4 perchè i Giureconsulti aveano quasi tutti occupato alte cariche nello Stato, e formatosi perciò un grande ed acuto criterio.

E così Giustiniano ordinò quella mole di Leggi, e ne formò due Codici, l'uno de' quali contenente le *Leges* ritenne il nome di Codice e l'altro contenente il *jus* ebbe il nome di *Digestum* o *Pandectae*.

Digitized by Google

Codesti due lavori riuscirono molto estesi, e il loro studio avrebbe sfiduciato i giovani, onde pubblicò le istituzioni di diritto, modellandole su quelle che tre secoli prima avea composto il Giureconsulto Gajo.

Ma vi erano non poche dissonanze tra il Codice e le Pandette, i bisogni legislativi crescevano, già prima della pubblicazione delle Pandette Giustiniano avea emanato cinquanta decisioni, con le quali avea risoluto molte quistioni controverse, avea egli una voglia di rendersi immortale soddisfacendo al bisogno che si sentiva di una buona legislazione, e fece perciò formare un Codice novello, mettendo nel nulla il primo, e il novello sempre rispondente alle sole *Leges*, in cui furono pur comprese quelle cinquanta decisioni, ebbe il nome di *Codex repetitae praelectionis*. Questo Codice di seconda edizione è giunto a noi, e non il primo. Giustiniano in tutto il corso del suo lungo regno non cessò mai di pubblicar leggi, e le altre posteriori alle Pandette, alle Istituzioni, e al Codice di seconda edizione, presero il nome di *novellae*, cioè di leggi ultime da lui fatte, le quali versano precipuamente su' diritti di successione e di famiglia, ch'egli venne sempre più umanando co' principii di equità.

Cosicchè Giustiniano — 1. ordinò le Costituzioni de'Principi (*leges* e si ebbe il Codice — 2, ordinò le opere de' Giureconsulti traendone frammenti e disponendoli per sistema (*jus*), e si ebbe il Digesto altrimenti detto Pandette — 3. fece comporre un libro per facilitare i giovani nello studio del diritto (*institutiones*) — 4. fece altre leggi ultime (*novellae*). Di queste quattro opere è composto il *Corpus juris*, sopra cui si son modellati tutti i Codici posteriori, e che forma la base della scienza giuridica e della legislazione mondiale, al segno che il *Corpus juris* per antonomasia vien chiamato la *ragione scritta*.

§ 67. Or sorge spontaneo il desiderio di conoscere alcuna cosa della vita di quest'uomo immortale. Tutti gli storici ne parlano, e noi di mala voglia ne tracciamo brevissime linee, dal momento che la curiosità de' giovani può essere in tanti altri libri soddisfatta.

Giustiniano nacque nell'anno 482 dell'Era cristiana in Taurisium su'confini della Tracia, e dell'Illiria, ed ebbe il nome di Upraudа. Suo padre (che non si sa bene se era pastore o soldato) chiamavasi Sabazio, e sua madre Bigleniza. Fu sua ventura avere uno zio materno di nome Giustino, il quale da soldato era divenuto successivamente Tribuno Militare, Prefetto del Pretorio, e quindi Imperatore. Or Giustiniano prese tal nome dopo che lo zio Giustino lo ebbe adottato, e fu successore di lui nell'impero, e lo tenne per 38 anni.

Le guerre, le opere di architettura, e le leggi formano i tre grandi ordini di opere di Giustiniano. Nelle guerre ebbe molto successo special-

Digitized by Google

mente pel valore di due suoi generali, cioè dell'eunuco Narsete, e di Bellisario, al quale egli fu ingrato, ma non al segno immaginato di poi da' pittori e da' poeti. Sontuosi edificii fece costruire in moltissime città, ed uno de' più belli fu il tempio di S. Sofia, la cui maestosa cupola servì di modello a quelle di Venezia, di Pisa, e di s. Pietro in Roma. Per le leggi seppe riuscire in una codificazione, di cui sarebbe stato difficile desiderare una più grandiosa conclusione di un grandioso sviluppo di quattordici secoli.

Ma Giustiniano aveva i suoi difetti; e chi non ne à? Era vanitoso, pretendeva molto della sua dottrina in tutto ed anche in teologia, ed era credulo e pieghevole all'adulazione. Diè incarico a Procopio di scriver la storia delle sue gesta, e questi le scrisse in otto volumi, ma ve ne aggiunse un nono intitolato *Aneddoti* o *Storia segreta*, nel quale rilevò tutti i vizii di lui. Altri pure che scrissero presso a quel tempo, cioè Evagrio, Agatia, e Giovanni Zanaras ne dissero assai male. Gli rimproveravano vessazioni, rapine, profusioni, desiderio incessante d'innovare, incostanza, regno duro e debole, e lo beffavano per aver tolta in moglie Teodora figlia del custode delle belve del circo di Costantinopoli, saltimbanca assai bella, la qual rappresentava la parte buffa, e che malauguratamente avea abitato il famoso portico di prostituzione Empolum, dove ella Imperatrice come in segno di purgazione fè elevare il tempio di S. Pantaleone. Ma pur senza di lei, Giustiniano avrebbe perduto il Trono in una grande sollevazione, poichè Teodora fu che seppe infondergli coraggio.

Si dica pur quel che si voglia di Giustiniano, è sempre certo che egli si distinsé tra gl'Imperatori Romani, ed occupa nella storia un posto luminoso per tre ordini di glorie che seppe guadagnarsi. Nell'infimo grado la guerra, al di sopra le arti, di cui restano ancora superbi avanzi, e nel supremo grado le leggi, le quali dominano ancora il mondo. Cotesta nobile figura non potea sfuggire all'alta fantasia del nostro maggior Poeta, il quale consacrò a Giustiniano un intero canto, e lo allogò ne' primi cieli del Paradiso ove stanno le anime che ebbero in vita alcune imperfezioni, e precisamente lo pose in quella stella (Mercurio) ove godono coloro che furono attivi più per desiderio d'onore che per amore divino.

E il Poeta lo fa parlare con una certa presunzione, propria di quell'Imperatore, e gli fa dire in bellissimi versi;

Cesare fui, or son Giustiniano
Che per voler del primo Amor ch'io sento
D'ENTRO ALLE LEGGI TRASSI IL TROPPO E IL VANO.

Digitized by Google

Posciachè con la Chiesa mossi i piedi
A Dio per grazia piacque d'inspirarmi
L'ALTO LAVORO, e tutto in lui mi diedi.
Questa picciola stella si correda
De' buoni spirti, che son stati attivi,
Perchè onore e fama gli succeda.

Dante, Paradiso, Canto 6 versi 10 a 12, 22 a 24, 112 a 114.

VICENDE DEL DIRITTO ROMANO IN ORIENTE

§ 68. Il *Corpus iuris* ebbe vigore come legge per un certo lungo tempo in Oriente, e dovè all' uopo tradursi in lingua greca. Ma vi furon fatti de'commenti, non ostante il divieto di Giustiniano, e molte leggi secondo i bisogni diversi furono pubblicate da' successori di lui. La giurisprudenza cominciò a rendersi incerta, e sentivasi il bisogno di una nuova codificazione, onde Basilio 1° detto il Macedone concepì il disegno di comporre un solo Codice che contenesse tutta la legislazione giustinianea e le leggi posteriori, ma incolto dalla morte non vi riuscì.

Però il lavoro fu compiuto felicemente nell'anno 887 sotto il regno di suo figlio Leone detto il filosofo, e si ebbe un Codice unico, metodico, non molto esteso, cui venne dato il nome di Libri Basilici.

Costantino VIII. nel 944 ne fece una nuova edizione molto pregiata, perchè v'inserì in nota delle illustrazioni tratte dalle opere di Giureconsulti viventi a' tempi di Giustiniano, e che perciò possedevano le opere de' Giureconsulti romani.

Verso la metà del quattordicesimo secolo un altro Costantino diè fuori un' opera elementare di diritto ch' ebbe forza di legge, e che à formato fino agli ultimi tempi il diritto civile de' Greci.

Dopo che i Turchi presero Costantinopoli nel 1453, il Korano surrogò i Libri Basilici, i quali nondimeno rimasero come legge particolare de' Greci, lasciata dal vincitore al popolo vinto.

Ricostituito il Regno de' Greci nel 1830, si pensò di fondare un nuovo sistema di diritto su'Libri Basilici, ma di poi si cominciò la pubblicazione di nuovi Codici sul tipo del Codice Francese con le modificazioni richieste dalle circostanze e da' costumi nazionali.

Vicende in Occidente

§ 69. La codificazione fatta da Giustiniano era destinata per l'Oriente, ma dopo che Narsete riconquistò l'Italia, Giustiniano si affrettò nel 554 di mettervi in vigore la sua raccolta così nei tribunali come nelle scuole.

L'autorità del Diritto Romano durante le dominazioni che si frazionarono e si succedettero in Italia così frequentemente, si mantenne costante, sebbene menasse vita molto stentata. I barbari, che tante calamità apportarono, non distrussero le Leggi Romane, invece ne fecero delle raccolte a guisa di compendio, le più importanti delle quali furono la *Lex romana Visigothorum* detta anche Breviario di Alarico, la *Lex romana Burgundiorum* chiamata anche *Papianus*, e l' *Edictum Theodorici* cioè la Legge romana degli Ostrogoti. I barbari mantennero in generale il principio della personalità della legislazione, e così nel medesimo paese, nella medesima città il suddito di origine romana vivea soggetto alla Legge romana, il Longobardo alla Legge Longobarda, il Franco, il Borgognone, il Goto eran soggetti ciascuno alla propria legge. Onde accadeva che trovavansi a conversare in alcun luogo cinque persone delle quali ognuno obbediva ad una legge sua propria.

La scuola poi del Diritto Romano fu pur continuata, e così si à notizia di una scuola a Roma, di un'altra a Ravenna, succeduta probabilmente a quella di Roma, di una terza a Bologna, di una quarta a Pavia in epoca a noi più vicina, cioè verso la metà del decimo secolo.

Or verso la fine del decimo e principî del secolo undecimo, l'Italia cominciò a rilevarsi dall'invasione straniera, il commercio prese a far progressi, il ben essere della vita si accrebbe poi sempre più, e lo sviluppo materiale dovea portare come portò allo sviluppo della scienza che si colliga intimamente alle operazioni giornaliere della vita sociale.

Accadde perciò un risveglio nello studio della codificazione Giustinianea, fonte inesausta, e che offriva mezzi adatti a' bisogni del tempo progredito, e lasciaronsi da banda i pochi compendî di leggi giustinianee che erano stati in uso, e che appena avean potuto soddisfare a' rozzi secoli precedenti.

La scuola di Bologna si mise a capo del movimento di vigore novello pel culto della scienza giuridica, e Irnerio acquistossi tanta rinomanza che il suo nome è ricordato come il primo nella storia di quel risorgimento.

D' allora in poi si ebbero studii più o meno ferventi del Diritto Romano, il cui culto si estese rapidamente in tutta Europa, e se ne possono segnalare brevemente i progressi.

§ 70. Nel decimosecondo secolo la scuola capitanata da Irnerio fu chiamata de'Glossatori, e il loro lavoro fu di note o glosse in piedi delle leggi romane.

Il decimoterzo secolo è ricordato da che il gusto generale fu di

Digitized by Google

riordinare e analizzare le glosse precedenti, aggiungendovene altre. Spicca principalmente il nome di Accursio, il quale venne a grande rinomanza per un' opèra di tal genere, chiamata la grande Glossa, o Glossa Accursiana.

Il decimoquarto e il decimoquinto secolo si distinsero per la dialettica, e per le sottigliezze logiche che menavano a molte distinzioni, divisioni ec., e i più rinomati Giureconsulti furono Bartolo, e Baldo.

Il decimosesto secolo fu più felice, ed ebbe il nome di giurisprudenza elegante, perchè con l'aiuto della critica, della storia, e delle lettere, la giurisprudenza acquistò molta amenità. Fiorirono rinomati giureconsulti, e specialmente Alciato, Cujacio, e Donello.

Nel decimosettimo secolo non cessò la eleganza, ma cominciò a prevalere una tendenza pratica, la quale si rese più pronunziata nel secolo decimo ottavo, e si ebbero altri grandi Giureconsulti, quali furono il Perezio, il Vinnio, il Voet, il Pothier, il Domat, l'Einnecio ed altri.

Alla fine del secolo decimottavo e nel secolo corrente lo studio del Diritto Romano si è meglio risollevato e nella parte storica e nella filosofica, ed anche di eleganza di forma e di dettato; ed à preso un grande ardore specialmente in Alemagna. Molte scoverte fatte, come il libro della Repubblica di Cicerone, i frammenti Vaticani, le Istituzioni di Gajo, ed altri scritti là e qua trovati, sono stati di ajuto potente ad uomini di grande ingegno, quali il Savigny, il Niebhur, il Puchta, il Jhering, l'Arndts, il Mayns, il Polignano, il Capuano, il Ceneri, il Serafini, il De Crescenzio ecc. (1).

(1) Il Diritto Romano, contemperato dagli statuti locali, ebbe vigore in tutta Europa. I nuovi Codici di diritto civile pubblicati in varie nazioni al cominciare di questo secolo e negli anni posteriori, si possono distinguere in tre tipi, cioè formale, casistico, e dottrinale.

Il tipo formale è quello che guarda la sostanza delle cose, e imperativamente stabilisce i principii, che vengono poi svolgendosi nella vita sociale, discendendo di rado a' casi pratici, e non ammettendo alcuna nozione meramente scientifica. Tale è il Codice civile francese.

Il tipo casistico è quello che svolge le conseguenze pratiche de' principii, e prevede e regola le specie diverse. Tale è il Codice Prussiano.

Il tipo dottrinale è quello ordinato a sistema scientifico, abbondante di definizioni di dommi, e di principii generali. Tale è il Codice Austriaco.

Qualunque ne sia il tipo, ogni Codice civile moderno mette capo al gran volume del Diritto Romano facendovi quelle innovazioni che vengono specialmente suggerite dalla equità, e dagli elementi della odierna civiltà nel lato politico ed economico.

A noi preme fermarci sul Codice francese e sul Codice italiano.

È inutile ricordare la formazione dell'uno e dell'altro. Basti dire che l'Italiano segui più davvicino il Codice civile Sardo, il quale (come tutti gli altri che vi-

Digitized by Google

XII.

Sistemi nella partizione delle materie di diritto. Sistema Romano.

§ 71. I giureconsulti romani dividevano le materie di diritto in persone, cose, ed azioni — *omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.*

È la divisione più semplice e che più si accosta alla natura, cui molto tenevano quei giureconsulti, che erano tanto positivi. Perciocchè nel mondo stanno soltanto persone e cose, ed i rapporti di diritto si trovano solamente o tra le persone ovvero tra le persone e le cose; onde son fissati pei primi due termini della divisione le persone e le cose. Il terzo termine costituito dalle azioni è la manifestazione del diritto che spetta a ciascuna persona, diritto che è personale o reale secondochè abbia rapporto ad una persona o ad una cosa. Si ha come terzo termine l'azione, perchè il diritto vale soltanto allora che corrisponda al proprio obbietto, e l'azione non è altro che la manifestazione del diritto per conseguirne l'oggetto.

Tale divisione è molto bella e propria della mente chiara dei giureconsulti romani, ma la moltitudine dei rapporti di diritto che si riferiscono a quei tre termini si allogano con molta difficoltà sotto ciascuno di essi. Le istituzioni giustinianee riuscirono assai difettose e

---

gevano in Italia, ad eccezione del Lombardo-Veneto) avea seguito il Francese con le modificazioni imposte dalle circostanze, da'costumi, e dal genio diverso de'popoli.

Ma dal momento che la filiazione del Codice Italiano si ripete dal Francese, giova conoscere la filiazione di questo.

Il Codice francese si modellò sulle opere di Domat e di Pothier, i quali avean saputo cogliere il punto giusto dello sviluppo del diritto. Essi esplorarono tutte le teoriche del Diritto Romano, e seppero descriverle ed ordinarle in modo chiaro e preciso, rigettando le sottigliezze, dando luogo alla equità, e innestandovi quelle dottrine che la nuova civiltà avea formulate. Il Codice civile francese fu adunque una ulteriore elaborazione del Diritto Romano, fu continuazione della sapiente opera pretoria.

Le modificazioni fatte dal Codice francese al Diritto Romano si erano già in tutta Europa e in buona parte risentite specialmente per opera del diritto Canonico e del diritto statutario.

Per lo che tutto ciò che nel Codice francese à formato l'ammirazione del mondo è in molta parte gloria nostra, essendo gloria italiana e il Diritto Romano e il Canonico; onde quel Codice à incontrato nei nostri costumi, e ne' nostri sentimenti, tostochè vi si è tolto ciò che realmente vi era di straniero, e vi si è aggiunto ciò che per noi vi era di speciale, e ciò che era già maturo nel progresso della scienza giuridica.

Digitized by Google

monche per questa parte; e forse per ciò Giustiniano ordinò che gli studenti del primo anno di corso dovessero studiare non solo le istituzioni, ma anche la prima *pars* del Digesto. Si avverta intanto che i giureconsulti romani riferivano i diritti di famiglia al primo termine relativo alle persone (1).

SISTEMA TEDESCO.

§ 72. La scuola tedesca segue un sistema che in apparenza sembra diverso da quello dei giureconsulti Romani, ma che nella sostanza viene ad essere uniforme. Essa in fatti distingue il diritto in subbiettivo ed obbiettivo, secondochè abbiamo già detto al § 17, che quì è d'uopo tener presente. Il subbiettivo si riferisce alle persone, l'obbiettivo alle cose, onde si hanno i primi due termini identici dei giureconsulti romani. Il terzo termine della divisione relativo alle azioni è compreso nella parte obbiettiva, perchè nella realtà l'azione può considerarsi come un'obbietto di diritto, cioè come un bene.

È meno naturale la divisione della scuola tedesca, ma più filosofica. Tale scuola però ha il pregio di avere, meglio de' giureconsulti romani, distinte ed allogate le materie nelle due grandi classi dei subbietti e degli obbietti di diritto, cioè come un bene.

Nella parte subbiettiva la scuola tedesca parla soltanto delle persone e del loro stato. Divide poi la parte obbiettiva in generale e speciale, e nella generale comprende tutti quegli istituti di diritto che sono comuni ad ogni singola parte speciale, ed in tal parte generale la scuola tedesca tratta della materia delle azioni.

La parte speciale poi è distinta in quattro punti — 1 diritti reali — 2 diritti personali, cioè di obbligazione — 3 diritti di famiglia — 4 diritti di successione, cioè di eredità.

---

(1) *Sistema del Codice civile.*

Il Codice civile fu compilato sotto l'influenza delle idee romane, e perciò risente della divisione romana in persone, cose, ed azioni, onde si vede che i diritti di famiglia sono compresi nel primo libro relativo alle persone. Il Codice non parla delle azioni, perchè, spiritualizzato maggiormente il diritto col progresso dei tempi, e discernendosi il diritto da se stesso senza il bisogno dell'indice delle azioni, il Codice poteva fare a meno di parlarne e potea considerarle, come ben fece, una parte latente e vagante in tutto quanto il Codice civile, qual manifestazione di ciascun diritto che il Codice civile stabilisce quante volte accada di sperimentarlo in giudizio. Oggi, come dice il Savigny, è mancata la grammatica delle azioni, non vi è bisogno del tecnicismo di ciascuna azione, perchè il diritto viene a riconoscersi da se, ma le azioni per la loro natura son rimaste tali quali erano, e non è possibile pensare altrimenti perchè la natura delle cose non si cangia per volger di secoli. Ne parleremo a lungo al proprio luogo.

Digitized by Google

Come si vede, la precipua differenza tra il sistema dei giureconsulti romani ed il sistema della scuola tedesca sta in ciò che i romani facevano rientrare i diritti di famiglia nella trattazione delle persone, mentre la scuola tedesca li comprende fra gli obbietti di diritto e li alloga in una delle parti speciali di esso, come pure sta nell'ordine più logico e rigoroso dato dalla scuola tedesca alla trattazione delle cose cioè degli obbietti di diritto.

SISTEMA CHE TERREMO NEL NOSTRO CORSO.

§ 73. Seguiremo nella partizione delle materie il sistema tedesco, variandolo di poco.

Il Diritto sarà, come nella scuola tedesca, distinto in subbiettivo ed obbiettivo, e l'obbiettivo in generale e speciale. Ma i diritti di famiglia non saranno esposti nella parte obbiettiva speciale, invece nella parte subbiettiva per tre ragioni — 1. Perchè i diritti di famiglia, come dice lo stesso Savigny, costituiscono un complemento della personalità umana, hanno molta rassomiglianza con lo stato delle persone, e sono essenzialmente distinti da' rapporti concernenti i beni, i quali pongono la persona in contatto con oggetti esteriori liberamente scelti. Al cui proposito il Pisanelli aggiunge che i diritti di famiglia formano un insieme, che tiene alla subbiettività del diritto, la quale costituisce una parte quasi staccata tra lo Statuto ed il Codice civile, il cui officio è di regolare la proprietà *lato sensu*, cioè le cose — 2. Perchè tali diritti hanno relazione e alla parte morale e alla parte materiale, od in altri termini hanno relazione e alle persone e alle cose, ma, bilanciate codeste due relazioni, il peso della relazione personale sopravvince di molto quello della reale, non potendosi assolutamente disconoscere che il matrimonio, la patria potestà, e la tutela hanno un'indole tutta personale, la quale più per conseguenza che per altro viene ad abbracciare la parte reale—3. Perchè codesta esposizione più si accosta al nostro Codice civile.

Crediamo inoltre che le materie della parte speciale vadano bene disposte trattando prima dei diritti reali, poi del diritto di eredità, e da ultimo dei diritti di obbligazione. La ragione è che i diritti sono reali e personali, e che la eredità è di sua essenza un diritto reale, e sebbene faccia anche entrare in rapporti personali, pure la realità de'diritti vi è senza dubbio prevalente, ond'era d'uopo farla seguire a'diritti reali strettamente intesi, e farli precedere a'diritti che sono del tutto personali. Inoltre a tal modo l'ordinamento delle materie si accosta semprepiù a quello del nostro Codice Civile.

Digitized by Google

XIII.

Idea generale delle Istituzioni.

§ 74. Essendo immensi e immensamente varî i rapporti di diritto, ed essendo molte le verità giuridiche, la scienza che vi è relativa riesce assai difficile.

Onde i giureconsulti romani e specialmente Gajo, Fiorentino, Callistrato, Paolo, e Marciano, e molti anni dopo l'Imperatore Giustiniano pensarono di far precedere un compendio di tale scienza, e lo chiamarono Istituzioni di diritto, perchè son quasi una rapida rassegna degl' istituti di diritto.

Le Istituzioni perciò debbono avere lo stesso sistema della scienza giuridica, cioè debbono comprendere i medesimi istituti di diritto che quella scienza raccoglie ed ordina, ma le istituzioni son limitate nella esposizione dei rapporti di diritto, perchè questi non vengono tutti dichiarati e sviluppati, essendone invece spiegati i principali, cioè quanti bastino a dare a'giovani una breve e lucida idea di ciascuno istituto, e del sistema onde tutti vengono ad essere armonicamente ordinati.

A tal modo i giovani conoscono poco e di tutto, e perchè le Istituzioni romane deggiono compararsi al diritto vigente, accade che essi restano bene apparecchiati ad apprendere pienamente la intera scienza di ragion civile, e del tempo dei romani, e dei tempi correnti.

Ora può intendersi la definizione delle Istituzioni di diritto. La quale è — *Totius rationis civilis prima elementa, servato ordine exposita.*

Prima elementa, perchè si espongono pochi e non tutti i rapporti di diritto, e con sviluppo limitato.

Totius rationis civilis, perchè, pochi sì, ma gli elementi debbono essere esposti per tutta la ragion civile.

Servato ordine exposita, perchè nella esposizione è necessario un metodo ed un sistema, che sieno pienamente scientifici e razionali.

Tutto ciò, che sin quì si è detto, è una nozione preliminare, esposta brevemente e per soli elementi.

Con lo stesso metodo passiamo ora alla esposizione delle diverse pertinenze del diritto, cominciando dalla parte subbiettiva.

Digitized by Google

DEI SUBBIETTI DI DIRITTO

§ 75. Abbiamo innanzi parlato già due volte dei diritti subbiettivi ed obbiettivi, cioè discorrendo del diritto come facoltà al § 19, e del sistema tedesco per la partizione delle materie di diritto al § 72.

Quì dobbiamo una terza volta intrattenercene, perchè imprendiamo a trattare dei subbietti di diritto, in opposizione agli obbietti dei quali discorreremo dipoi.

Si dice e si ripete sempre che ogni diritto suppone un subbietto, e ciò significa che in ogni diritto si riscontra sempre il dovere corrispondente, cioè si trovano sempre di rincontro il potere ed il dovere, che il potere è il termine attivo, ed il dovere è il termine passivo, ma da codesti due termini attivo e passivo, cioè del potere e del dovere, si distingue l'obbietto che è la materia su cui il diritto si esercita.

La differenza dunque fra il diritto subbiettivo ed il diritto obbiettivo è tale e tanta per quanto è la differenza che passa fra gli esseri intelligenti che hanno il potere e il dovere, e l' oggetto cui il potere e il dovere si riferiscono.

Non è dunque, come generalmente si crede, subbietto di diritto quegli soltanto che à il potere, cioè quegli che esercita il diritto, ma è anche l'altro che ha il dovere e contro di cui il diritto viene esercitato per raggiungere l' obbietto.

La ragione è semplicissima, perciocchè obbietto quì significa cosa, e diritto obbiettivo significa cosa su cui si esercita il diritto, e dalla cosa vanno distinti i subbietti attivo e passivo cioè la persona che à il potere, e la persona che à il dovere, per l'esercizio del diritto sulla cosa medesima.

Or l' essere intelligente che ha il potere ovvero che á il dovere, cioè il subbietto di diritto, chiamasi *persona*.

§ 76. Ma nella subbiettività del diritto rientrano anche i diritti di famiglia, perchè costituiscono un complemento della personalità umana. Ne abbiamo esposte le ragioni al § 73 ove abbiamo ricordata l' autorità del Savigny e del Pisanelli. Ma quì dobbiamo anche insistere su tal punto, e schiarir meglio le nostre idee.

Che i diritti di famiglia constino del matrimonio, della patria potestà, e della tutela, non v' è alcun dubbio.

Ora bisogna vedere come in tali istituti resti completata la personalità umana.

Il matrimonio la completa nel grado più eminente, poichè la ef-

Digitized by Google

figie della umanità non è data dal solo uomo o dalla sola donna, ma dall'uomo e dalla donna insieme, immedesimati nei due grandi fini del matrimonio, cioé dell'aiuto scambievole e della riproduzione ed educazione della specie. E i Romani, ch'erano così profondi conoscitori della umana natura, elevarono anche il concubinato al grado d'istituzione in certo modo riconosciuta e legale, come diremo a suo luogo. Tanto essi erano penetrati della verità che l'uomo e la donna, anche ripugnanti al vincolo matrimoniale, sentono il bisogno di non menar vita solitaria nella deserta casa, e sono istintivamente sospinti a ricercare un compimento affettuoso alla propria personalità, fosse pure pel solo fine onesto dello scambievole aiuto.

La patria potestà viene a completare la personalità del figlio minore per la rappresentanza che ne à, per la protezione e per la difesa che deve prenderne, per la cura assoluta e continua che vi deve spendere, e per l'indirizzo morale e politico che deve dargli. Anzi il concetto di quel complemento era in diritto romano portato alla esagerazione, perchè la personalità giuridica del padre assorbiva in modo quella del figlio, da doversi considerare come una persona sola — *pater et filius pro una persona habentur* — e ritenere il figlio come cosa, cioè come una proprietà rispetto al padre, *res mancipi*.

E che la tutela completi la persona del pupillo, basti ricordare che la tutela è la immagine della patria potestà, secondo la bella frase del giureconsulto Papiniano.

Or dal punto che col matrimonio, colla patria potestà, e con la tutela viene a completarsi la umana personalità, e dal punto che le persone costituiscono i subbietti di diritto, è logico che nella parte relativa a tali subbietti si tratti e delle persone e dei diritti di famiglia.

PERSONE E LORO STATO

Idee preliminari

§ 77. Persona è quegli che è riconosciuto capace di diritti e di doveri, cioè è l'uomo considerato relativamente a tale capacità.

La qualità da cui procede codesta capacità si chiama *stato*.

La differenza fra la persona e lo stato consiste in ciò che la persona rappresenta il subbietto del diritto, cioè il termine attivo che ha il potere e il termine passivo che à il dovere, potere e dovere relativi alla capacità che la informano ; e lo stato è una specie di astrazione della qualità, da cui procede la capacità nel subbietto di diritto. Ma le idee di persona e di stato sebbene abbiano codesta

Digitized by Google

sottile linea di distinzione, sono così associate ed inerenti fra loro che non è possibile mantenerle isolate, perchè si completano a vicenda, e lo stato va sempre e necessariamente a riferirsi alla persona, siccome la persona si riferisce allo stato.

Ora possono intendersi le definizioni della persona e dello stato.

La persona è definita — *homo cum statu quodam consideratus* — Lo stato è definito — *qualitas cujus ratione homines diverso jure utuntur* — , vale a dire la persona è quella che ha una capacità di diritto per una qualità onde è rivestita ; lo stato è la qualità da cui procede tale capacità.

La parola *status* in diritto romano era sinonima di *caput*, la quale anzi era più propria e più precisa, e derivava secondo ogni probabilità o dal ruolo dei cittadini nelle liste del censo, o dall'unità che serviva di capo all' imposta.

In diritto naturale le parole uomo e persona sono sinonimi. Ma in diritto romano non è così, perchè alcuni uomini furono privati della capacità dei diritti e considerati come cose (1); e per converso per una finzione di diritto ed in considerazione del bene sociale, tale capacità fu data ad esseri che non sono individui umani. Cosicchè venne distinta la persona fisica (*persona*) dalla persona giuridica (*personae vicem sustinens*). Tanto la persona fisica, quanto la persona giuridica ànno il proprio stato, cioè la qualità da cui procede la loro capacità, onde discorreremo prima delle persone fisiche, e poi delle persone giuridiche, facendo seguire alle une ed alle altre la teoria della loro capacità (2).

PERSONE FISICHE

§ 78. Per esservi persona fisica è necessario ch'ella sia apparsa alla faccia di questo mondo, perciocchè fino a quando si trovi nelle viscere materne, forma parte di esse. — *Partus, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.* — Vi sarà la speranza che dal ventre pregnante la persona esca alla luce, ma è certo che persona fisica durante la gestazione non v'è. — Ciò non ostante per finzione di diritto, chi è soltanto concepito si considera come nato quante volte si tratti di suo vantaggio, sempre però nel caso che si abbia la nascita e si riuniscano i caratteri de' quali ora discorreremo. *Nasciturus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur*. Era necessario rispettare in lui la futura umanità (3).

(1) Ciò non è punto per diritto vigente — Veggansi le seguenti note.

(2) Per diritto vigente sono riconosciute e la persona fisica e la persona giuridica, e lo stato proprio di ciascuna di esse. Veggansi le seguenti note.

(3) Teoria uniforme per codice civile, articoli 236, 724, 764 e 1053.

Digitized by Google

§ 79. Ora per aversi l'esistenza fisica di una persona, fa d'uopo che ella — 1 sia nata — 2 sia nata viva — 3 sia nata in forma umana.

Perchè nasca è mestieri il distacco dall'utero materno, sia naturale, sia artificiale, sia dalla madre viva, sia dalla madre già morta — I corpi debbono essere due, e distinti fra loro, quello della madre, e quello del figlio.

Perchè nasca viva è necessario che dopo il distacco dall'utero materno, il corpo del neonato dia segno certo di vita almeno col respiro, dovendosi considerare come non nato chi non ha avuto esistenza estrauterina.

Perchè nasca in forma umana, bisogna che il feto non sia un mo, stro, e che presenti le forme della umanità specialmente nella testa- a nulla importando che abbia qualche organo di più o di meno, come ad esempio più o meno delle cinque dita nelle mani o ne'piedi (1).

§ 80. Vedutosi come sorga la persona fisica, convien vedere come cade e manca.

La morte le tronca la vita.

Ma la morte può essere naturale o civile, la quale ultima rientra nella perdita dello stato della persona, là dove ne terremo discorso.

La morte naturale può esser certa, e invece può incontrarsi dubbio sul momento in cui è avvenuta, per sapere chi di due, periti in uno stesso infortunio, sia prima mancato di vita, ciò che è talora molto importante per regolare i diritti successori; come del pari può essere dubbio se una persona che si è allontanata sia viva o morta, ciò che è anche importante per provvedere specialmente alla famiglia ed ai beni che lascia.

Non dobbiamo spender parola pel caso in cui la morte è certa, perchè vi è la prova diretta che la dimostra, dopo di che vengono regolati i diritti di successione, come diremo a suo luogo.

Dobbiamo piuttosto fermarci sugli altri due casi di dubbio cioè quando non si sa chi di due o più periti in uno stesso infortunio, sia morto prima, e quando non si sa se una persona sia viva o morta.

Pel primo di tali due casi, il diritto romano faceva tre presunzioni — 1. Se due persone periscono nel medesimo infortunio, come per incendio, naufragio ecc., e non si può conoscere quale di esse sia morta prima, si presumono morte contemporaneamente — 2. Se

---

(1) Per Codice civile v'è un quarto elemento cioè quello della vitalità, la quale significa attitudine alla vita, sì che se tale attitudine manchi non possa chi è nato continuare a vivere fuori dell'alvo materno — Tale sarebbe il feto in istato di embrione, o che abbia un vizio organico che rende impossibile il prolungarsi della sua esistenza — In ciò concordano i più accreditati scrittori — Veggansi art. 161 n. 3, 724 n. 2, 764, e 1083.

Digitized by Google

nello stesso infortunio, muoiono il padre e il figliuolo impubere, si presume morto prima questo e poi quello, perchè l'impubere deve ritenersi più debole del padre — 3. Se da ultimo, in egual caso muoiono il padre ed il figlio pubere, si presume che questi abbia sopravvissuto pel maggior vigore di forze fisiche (1).

Pel secondo di que'due casi, cioè quando si è nel dubbio se una persona sia viva o morta, il pensiero corre all'assenza di essa, non potendosi dubitare della vita o della morte di chi è presente.

La teoria dell'assenza è basata precisamente sulla incertezza intorno all'esistenza di una persona.

Ora, per riguardo agli assenti il diritto romano non avea un sistema completo di norme legislative, e soltanto vi si trova fatto cenno di curatori dati a'loro beni e della presunzione di morte a capo di cento anni dalla nascita. Questa specie di lacuna è giustificabile per più rispetti — 1, perchè i romani, quasi sempre in guerra con gli altri popoli, non erano vaghi di lontani viaggi e di prendere dimora in nazioni straniere, dove non avrebbero trovato i vantaggi che la patria loro procurava — 2, perchè se un romano era fatto prigioniero, veniva considerato come schiavo: se moriva nella sua prigionia si considerava come morto prima di essa: se tornava in patria era considerato come se non l'avesse mai abbandonata. Sembrò che queste finzioni di diritto bastassero per regolare i diritti a proposito del prigioniero di guerra, e che per qualcuno raro che si fosse allontanato senza dar notizia di sè bastasse un curatore, e che ad ogni modo la presunzione di morte a capo de' cento anni veniva a risolvere qualunque pretesa.

§ 81. I tempi cangiarono, i viaggi divennero frequenti specialmente per ragioni di commercio, e si sentiva la necessità di qualche altra norma legislativa, e si ebbe per diritto consuetudinario la massima di doversi presumere morto dopo raggiunta la età di 70 anni, chi si fosse allontanato senza dar notizia di se, e la ragione era che i 70 anni si consideravano come la media della vita umana, ciò che ricorda il verso del Poeta che volendo indicare 35 anni disse — *Nel mezzo del cammin di nostra vita* —: che se poi alcuno si fosse allontanato dopo compiti i 70 anni, si presumeva morto ai 75. Trascorsi i 70 oppure i 75 anni dalla nascita, dopo ricerche e proclami pub-

(1) Per Codice civile Italiano è ritenuta soltanto la prima di tali tre presunzioni, art. 924. Non vi si sono ripetute le altre due, come avea fatto il Codice Francese, perchè sono arbitrarie e violatrici del principio secondo il quale chiunque reclama un diritto devoluto ad una persona, la cui esistenza non sia riconosciuta, deve provare che essa esisteva quando si è fatto luogo alla devoluzione del diritto.

Digitized by Google

blici, si poteva ottenere una dichiarazione giudiziale che ammetteva la presunzione dell'effettiva morte dell'assente con tutti gli effetti giuridici. Pel caso poi in cui alcuno si fosse allontanato dopo i 75 anni, il diritto consuetudinario taceva perchè *quod bis aut semel accidit praetereunt legislatores*, onde dovea starsi a quelle presunzioni che il caso speciale offriva, ma d'ordinario non si riteneva la vita oltre gli ottanta anni. Si stabilirono anche quà e là dei principii che regolavano la materia dell'assenza, e che quasi da per tutto concordavano nei seguenti punti—1. che per esservi assenza dovessero concorrere due condizioni, cioè che si dubitasse della vita dell'assente, e che questi non avesse lasciato procuratore—2. che la cura fosse confidata a' più prossimi parenti, i quali avrebbero avuto diritto a succedergli, e venisse limitata alla sola amministrazione—3. che il curatore dovesse far l'inventario de' beni, prestar giuramento, e dar guarentigia per la fedeltà e per la restituzione dei beni e dei frutti all'assente se si ripresentasse—4. che la cura avesse termine o col ritorno dell'assente o con la prova anche presunta della morte di lui (1).

---

(1) La parola *assenza* si adopera nelle Leggi in doppio senso. Il primo è ampio ed indica di non trovarsi alcuno nel suo domicilio o nella sua residenza, art. 608 e 2120 Codice civile e art. 260 Codice commerciale. Il secondo è ristretto, e significa di essersi taluno allontanato senza dar notizie di se in modo che se ne ignori la sorte e non si sappia *ubi sit et an sit*. In questo secondo senso deve prendersi la parola *assenza* nella teoria di cui si occupano e il Codice civile nel lib. 1. Tit. 3, e la Procedura civile nel lib. 3. Tit. 3.

Tale teoria è basata sulla incertezza intorno alla esistenza di una persona. E la incertezza ora maggiormente provviene dacchè quando alcuno, nel movimento della vita odierna, con tanti mezzi di comunicazione che ci sono, scompare dal suo domicilio e lascia famiglia e beni senza dar notizia di se, il primo pensiero che si affaccia alla mente è che egli sia morto. In tal caso l'interesse pubblico e l'interesse privato dell'assente richieggono provvedimenti per la conservazione del patrimonio di lui, per l'esercizio de' diritti a lui spettanti, per la tutela dei figli minori che abbia lasciato, e per la protezione dei diritti che spettano ai terzi e specialmente per la successione ai beni dell'assente.

Or il Codice distingue tre periodi, nel primo dei quali vi sono maggiori probabilità per la vita anzichè per la morte dell'assente, nel secondo le probabilità di vita o di morte di lui si bilanciano, e nel terzo le probabilità di morte vincono quelle di vita.

Il primo periodo si chiama di assenza presunta, il secondo di assenza dichiarata, ed il terzo di presunzione di morte.

Vediamo che cosa ha disposto il Codice per ciascuno di quei tre periodi.

1.° *Assenza presunta.*

Questa si ha quando alcuno ha cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza senza che vi sieno notizie di lui art. 20.

Per questo periodo il Codice avendo riguardo alle maggiori probabilità di

Digitized by Google

STATO DELLE PERSONE FISICHE

§ 82. Abbiamo detto innanzi al § 77 che lo stato della persona si riduce ad una qualità dalla quale provviene la capacità di lei nei diritti e nei doveri. Tale idea dev'essere meglio chiarita.

Ogni qualità suppone un ente, e d'altro canto è impossibile con-

---

vita, si limita ai provvedimenti più urgenti e meramente conservativi delle ragioni dell'assente, e così a destinargli chi lo rappresenti per la conservazione del suo patrimonio, come pure chi lo rappresenti in giudizio ecc: e se l'assente avesse lasciato un procuratore, la legge limita i suoi provvedimenti a destinare chi lo rappresenti per quei soli fra tali atti che non potessero farsi dal procuratore da lui nominato, art. 20, 21.

Intanto il Codice è sollecito per i figli minori dell'assente, e confida l'esercizio della patria potestà alla madre ed in mancanza o impedimento di lei vuole che sia destinato chi ne prenda cura preferendo sempre gli ascendenti prossimi, art. 46, 47.

In quanto poi ai diritti eventuali dell'assente, dispone che non si possono da alcuno reclamare in nome di lui e come da esso acquistati, se non si provi la esistenza dell'assente al momento della devoluzione, art. 42. E ciò è giusto perchè chiunque reclama un diritto dipendente dalla condizione dell'esistenza di un individuo in un dato istante, deve fornirne la prova.

2. *Assenza dichiarata.*

Questa non può aversi se non dopo tre anni di assenza presunta, e dopo sei, ove l'assente abbia lasciato un procuratore, art. 22.

Bilanciandosi in questo periodo presso a poco in modo eguale le probabilità di vita e di morte, il Codice dà facoltà agl'interessati di chiedere ed a'Magistrati di pronunziare (dopo prese informazioni e fatte pubblicazioni) la dichiarazione di assenza ed ordinare il possesso provvisorio de'beni dell'assente, a vantaggio de'presunti eredi testamentarii o legittimi dietro cauzione ed inventario, ed ove sia d'uopo, anche dietro la vendita di tutti o di parte de'mobili dell'assente, impiegando il prezzo che se ne ricava. Quelli che sono immessi in possesso godono in vario modo de'frutti a seconda del grado più o meno vicino di parentela, e del tempo più o meno prolungato di assenza, art. 22, 26, 29, 30, 31. Ricomparendo l'assente, i possessori temporanei dei beni debbono restituirglieli con quella parte di rendita che secondo i casi è a lui riservata, art. 33.

3. *Presunzione di morte.*

Questa può essere pronunziata sull'istanza delle parti interessate, dopo 30 anni dal possesso temporaneo, ovvero se sono trascorsi cento anni dalla nascita dall'assente, e le ultime notizie di lui risalgono almeno a tre anni addietro, art. 36.

Prevalendo in questo terzo periodo le probabilità di morte su quelle di vita, la legge permette che, ad istanza degl'interessati, si converta il possesso provvisionale in quello definitivo, si sciolgano le cauzioni, e si attribuiscano a'possessori dèfinitivi i diritti proprii de'veri eredi; ma se l'assente torna o è provata la sua esistenza egli ricupera i bèni nello stato in cui si trovano, ed ha diritto di conseguire il prezzo di quelli alienati, ove sia tuttora dovuto, o i beni nei quali sia stato investito, art. 36, 37, 39.

Digitized by Google

cepire un ente senza la sua qualità, essendo la qualità quella determinazione speciale che colloca l'ente nell'ordine di una certa specie, e che lo fa esser tale e non altro. Ora la parola *stato*, presa nel senso più generale, significa la qualità onde ciascun ente ha la sua limitazione e i suoi termini—*Status generatim est qualitas per quam res unaquaeque limitatur*. A tal modo lo stato spetta simultaneamente a tre facoltà, cioè alla metafisica, alla fisica, e alla morale, per lo che vi è lo stato metafisico, fisico, e morale degli enti. Ma mentre agli altri esseri è comune il solo stato metafisico e il fisico, all'uomo si convengono tutti e tre, e lo studio delle leggi versa sul solo stato morale, poichè la scienza giuridica rientra nelle scienze morali.

Tra i diversi sensi della parola *morale*, quello che si adatta alla scienza giuridica è di regola, ossia di norma delle azioni in relazione al giusto e all'ingiusto—In altri termini perchè si abbia la morale nel senso giuridico, la idea di norma va completata dalla relazione delle azioni umane a' diritti e a' doveri.

E i diritti e i doveri mettono sempre capo alla condizione in cui l'uomo si trova e per la quale va applicata quella norma e fatta quella relazione.

Tale condizione è qualità, cioè costituisce lo stato.

Lo stato dunque è una qualità dell'essere morale dell'uomo, alla quale sono inerenti dei diritti e delle obbligazioni.

Per altro tale qualità varia infinitamente a seconda dei diversi diritti e doveri che l'uomo incontra nella condizione in cui si trova. Ma sempre le qualità, cui sieno inerenti diritti e doveri, o sono fondamentali del consorzio civile pel rapporto che hanno al diritto privato e al diritto pubblico, ovvero si attengono alle sole relazioni private—Nell'un caso lo stato suolsi appellare primario, e nell'altro secondario.

Intanto è regola che l'assenza, in qualunque de'tre periodi si trovi, cessa con la prova della morte, e si fa luogo all'apertura della successione ne'modi ordinarii dei quali parleremo al proprio luogo, art. 34, 41.

Il Codice di procedura poi partendo dal principio novello, di cui discorreremo nella teoria successoria, cioè che il *morto impossessa il vivo*, rende per tutti facile la via per la presunzione di assenza, cui si provvede *de plano* in Camera di Consiglio; ed è anche facile, pe'soli eredi legittimi, il modo per la dichiarazione di assenza, e per la immessione nel possesso temporaneo de'beni dell'assente deferendone pure la cognizione alla Camera di Consiglio. Ma per gli altri casi bisogna adire il Magistrato *pro tribunali sedente*. Sopra codeste vie diverse con le quali si adiscono i Magistrati ci spiegheremo bene nella materia delle azioni.

Il Codice di procedura inoltre designa i modi per la cauzione, e per l'inventario a cui son tenuti quelli che vengono immessi nel possesso provvisorio de'beni come pure per la vendita de'mobili e per l'investimento del prezzo che se ne ricava, art. 795 e 796.

Digitized by Google

Lo stato primario versa sulle precipue qualità dell'uomo, cioè sulla libertà, sulla cittadinanza, e sulla famiglia. Il secondario sulle altre qualità diverse.

Quì, a maggiore schiarimento, giova riportare le parole di uno insigne nostro Giureconsulto, il Capitelli, il quale scriveva—« Alcuni « credono che lo stato sia di cittadinanza, o di famiglia. È questo « un errore che induce a gravi conseguenze. Se lo stato consiste in « una qualità alla quale sono inerenti dei diritti e delle obbligazioni, « chi non vede che la qualità di commerciante in genere, e di locatore « conduttore, compratore, venditore, permutante, mutuante ecc. « seco porti taluni diritti e talune obbligazioni? Chi non vede che « la qualità d'imputato, di accusato, di reo, produce del pari ob- « bligazioni e diritti? Chi non iscorge in somma che da'contratti, « da' delitti, da' quasi delitti, e direttamente dalla legge, tali qualità « possono derivare alle quali varii diritti si legano, e varie obbli- « gazioni? »

Resti dunque fermo e fisso—1. che lo stato è una qualità da cui derivano diritti ed obbligazioni—2. che tale qualità alcune volte ha diretta relazione col consorzio civile, sebbene risenta della ragione privata, ed altre volte ha il semplice rapporto di diritto privato — 3. che l'una è costituita dallo stato di libertà, di cittadinanza, e di famiglia, e l'altra da quella qualunque diversa condizione in cui l'uomo si trova.

§ 83. Facciamoci ora a discorrere sulle generali di quel triplice stato di libertà, di cittadinanza, e di famiglia, per esaminarlo poi partitamente.

L'uomo nasce con le sue doti naturali che lo distinguono da ogni altro essere, tali doti specialmente consistono nella volontà libera e intelligente, e la natura perciò lo chiama al libero esercizio di essa, e per conseguenza all'esercizio di quei diritti che per essa gli son dovuti. Non può la società disconoscere tali diritti innati nell'uomo, e se lo fa, abbassa e degrada l'uomo alla linea di una bestia qualunque, e si rivolta alla natura. Codesto è il primo stato che i Romani chiamavano di libertà cui si opponeva la servitù, la quale perciò era definita—*constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur* (1).

Ma l'uomo nasce per la società, e la natura vuole che in società egli debba vivere, onde nascendo contrae rapporti con la società in mezzo a cui è nato, e perciò ha un'altra qualità che gli provviene

(1) Oggi la libertà, presa in tal senso, non costituisce uno stato, essendo a tutti riconosciuta.

Digitized by Google

dalla patria. Tutti sanno i sacri vincoli che ligano l'uno all'altra, e non dev'esser perciò punto indifferente la qualità di cittadino d'una nazione; e non lo è, per la ragione che tale qualità produce una capacità di diritti e di doveri, che non hanno nè possono avere gli stranieri.

La natura poi ha creato la famiglia e per natura l'uomo in essa nasce. Egli ha sempre il padre e la madre, i quali ordinariamente son congiunti da vincolo matrimoniale. Onde la terza qualità pei rapporti che passano tra genitori e figli, marito e moglie, e la diversa capacità che da tali rapporti provviene.

Ecco perchè i Romani dicevano che lo stato è triplice, di libertà, di cittadinanza, e di famiglia. La natura imprime all'uomo quei tre stati, ed essi non fecero che riconoscerne la esistenza.

Ma se la natura impresse all'uomo codeste qualità, da cui provvengono determinate capacità giuridiche, e che chiamansi *stato della persona*, la società nell'interesse sociale vi pose, a dir così, il suggello. Perciocchè è d'interesse sociale che le doti della volontà libera e intelligente sieno protette, e diano luogo a quelle capacità di cui gli uomini hanno bisogno, e che tali capacità siano limitate quando quelle doti facciano difetto ecc. È d'interesse sociale riconoscere la qualità di nazionale, e assegnare allo straniero de' limiti nella capacità dei diritti. Ed è d'interesse sociale riconoscere le qualità derivanti dai rapporti di famiglia, principalmente perchè le nazioni alla fin fine non sono che un aggregato di famiglie.

Laonde per quelle tre qualità procedono concordi la natura e la società.

§ 84. Dietro codeste premesse può intendersi la forza de'due caratteri distintivi che hanno quelle tre qualità, cioè può intendersi la doppia caratteristica dello stato primario.

Il primo carattere è che, stabilito che sia lo stato di una persona, vale *erga omnes*. E così, dichiaratosi, ad esempio, con una sentenza la qualità di figlio, di cittadino ecc., tale sentenza benchè pronunziata in contradittorio di un solo, vale contro di tutti. Ciò è anormale nei giudizii, come vedremo nella materia delle azioni, ma per l'interesse che la società attacca allo stato delle persone, deve in questa materia essere ritenuto (1).

Il secondo carattere è che lo stato delle persone costituisce una specie di proprietà, la quale è guarentita da azioni analoghe a quelle che derivano dal dominio delle cose, come vedremo parlando delle *actiones praejudiciales* nella teoria delle azioni (2).

(1) Teoria uniforme per diritto vigente. Son concordi la giurisprudenza e gli scrittori.

(2) Teoria uniforme. Veggasi quanto diremo nella materia delle azioni.

Digitized by Google

A tale triplice stato, di libertà, di cittadinanza, e di famiglia, si riferiscono le divisioni romane 1. di liberi e servi 2. di cittadini e stranieri 3. di coloro che non sono sottoposti al potere di alcuno (*sui juris*) e quelli che vi sono sottoposti (*alieni juris*).

Lo stato delle persone importa necessariamente una diversa capacità giuridica, e questa consiste nell' attitudine legale che la persona ha di godere diritti ed assumere obbligazioni. E così, ad esempio, per lo stato di cittadinanza, lo straniero non può godere diritti politici; per lo stato di famiglia, la donna maritata non può in alcuni casi assumere delle obbligazioni.

Del rimanente lo stato, per le vicende che l' uomo incontra dalla nascita alla morte, può subir modificazioni e si può perdere.

Ond'è che noi, dopo aver discorso dello stato di libertà, di cittadinanza, e di famiglia, parleremo ancora delle modificazioni e della perdita, e diremo qualche cosa intorno alla prova dello stato, oggi chiamata *atti dello stato civile*.

Stato di libertà.

§ 85. Come abbiamo innanzi veduto al § 83, lo stato di libertà si riduceva alla qualità che provviene all' uomo direttamente dalla natura per ragione della volontà libera e intelligente. Chi godea di tale stato era libero e si chiamava ingenuo a *gignendo*, quante volte vi fosse nato.

Ma è mestieri toccar meglio questo argomento per formarsene un chiaro concetto.

La volontá libera e intelligente costituisce il maggior pregio della umana specie, ma la volontà, la quale viene a dar compimento agli atti umani, risplende di virtù e di forza, più che non sia il lume della intelligenza, La libertà è poi una dote della volontà, e le è inerente al segno che la libertà agisce o manca secondochè la volontà operi o cessi, e per converso la volontà resta paralizzata senza il sussidio della libertà.

È intangibile assolutamente la intelligenza, ma la efficacia della volontà libera si può totalmente o parzialmente annullare, non riconoscendone in tutto o in parte il diritto quando ella si estrinseca come atto compitore.

Annullata totalmente, l' uomo resta privo di ogni diritto, di cui la natura direttamente e largamente lo ha provvisto, ed è degradato ed abbrutito al livello di un vil giumento.

Or lo *status libertatis* consisteva nel godere i diritti derivanti dalla volontà libera e intelligente, e la schiavitù nel disconoscerli del tutto

Digitized by Google

e sottoporre come di conseguenza l'uomo alla volontà altrui, al dominio altrui, onde nello schiavo il difetto assoluto di personalità.

§ 86. A codesta degradazione dava origine o la nascita, ovvero un fatto posteriore ad essa. Era schiavo per nascita il figlio della schiava, ma si ammise poi che se questa fosse stata libera *saltem per momentum* durante la gestazione, si avesse il nascituro come libero. Si diveniva schiavo per parecchie cause, delle quali parleremo nella perdita dello stato di libertà.

I diritti del padrone sullo schiavo erano tre, cioè: 1. il dritto di vita e di morte, che venne tolto col progresso del tempo 2. il diritto di alienarlo, cioè venderlo, donarlo ecc. 3. il diritto di acquistare tutto ciò che egli guadagnava. E i romani vi traevano guadagno perchè impiegavano gli schiavi più di tutto in lavori manuali di proprio conto senza pagarli, o per conto altrui e avendone i padroni la mercede.

V' erano poi i modi di affrancare gli schiavi, cioè di liberarli, e quelli resi liberi prendevano il nome di liberti relativamente allo stato personale che acquistavano, e di libertini relativamente a chi concedeva la libertà e che veniva chiamato *patrono*.

Tali modi erano volontarii o forzosi. I volontarii avevano il nome generico di *manomissione* e si distinguevano in solenni e meno solenni, e la maggiore o minore solennità dava luogo a maggiore o minore larghezza di diritti.

Solenni erano tre: 1. per *vindictam*, ch'era una simbolica rivendicazione fatta innanzi al Pretore. 2. *per censum*, mediante la iscrizione che il padrone faceva del servo come cittadino romano nel censo. 3. *per testamentum*, direttamente ovvero indirettamente, come ad esempio con la nomina di tutore. Gli schiavi liberati così solennemente divenivano cittadini romani *optimo jure*.

Meno solenni erano i modi diversi che rivelavano la volontà di liberare lo schiavo, ma che non aveano il rigore delle forme ora indicate, e così una dichiarazione fra amici (*inter amicos*), per lettera diretta allo schiavo (*per epistolam*) ecc. La mancanza di solennità faceva acquistare allo schiavo una cittadinanza semipiena, limitata cioè al solo *jus commercii*, di cui godevano i Latini delle colonie. Il diritto antico romano non riconosceva altri modi di liberazione che i solenni, e i meno solenni furono ammessi dalla Legge Giulia Norbana, la quale limitò la capacità di coloro che erano affrancati meno solennemente, onde questi furon chiamati *Juniani*.

§ 87. Se non che la classe dei servi era classe di uomini abbietti e vili per la degradazione civile in cui erano, e tale infelicità menava facilmente alla loro nequizia, sia perchè d'ordinario, meno qualche caso

Digitized by Google

eccezionale come in Terenzio, i servi mancavano di coltura, sia perchè una condizione che così violentemente si oppone alla natura rende l'uomo aspro e dispettoso contro gli oppressori. Qualche cosa se ne sente ancora nel significato attuale delle parole *cattivo* (da *captivus*, servo per prigionia di guerra), *manomettere* (da *manumittere*, concedere la libertà), *libertino* (da *libertate data*). Oggi tali parole rendono un senso disgustoso, e sarà effetto dello antico disgusto che si avea pe' servi.

Or si cercò di porre un freno e alla libertà de' padroni nell' affrancare i servi, e alla capacità di costoro quando fossero stati affrancati. Ciò si fece con le due Leggi Elia Sentia è Fusia Caninia le quali leggi ebbero il nome da'Consoli sotto cui furono emanate.

Con la legge Elia Sentia si disposero tre cose: 1. che i servi, i quali avessero avuto gravi castighi, potessero ottenere quella sola libertà che si concedeva a' popoli deditizii, cioè il solo stato di libertá senza altri diritti civili e politici; 2. che i padroni i quali non avessero compiuto gli anni venti non potessero liberare i servi se non col modo solenne della *vindicatio*, e dietro una specie di consiglio di famiglia; 3. che niuno potesse manomettere per far frode ai creditori.

La Legge Fusia Caninia limitò la manumissione per testamento e la permise parziale e non totale, cioè dispose che i padroni non potessero liberare tutti ma parte de' servi proprii. Ed è curioso leggere fra l'altro che se alcuno ne avesse liberato in maggior número erano liberi i primi, e che se i nomi de' servi manomessi si fossero scritti a cerchio, in modo che non potesse discernersi l' ordine tra loro, non ne fosse libero alcuno.

Giustiniano tolse tutte codeste restrizioni allo stato di libertà dei servi manomessi, e soltanto mantenne la nullità della manomissione quando questa si fosse fatta per frodare i creditori, e ciò era giusto perchè rispondeva all'azione paulliana, della quale parleremo a suo luogo, e perchè la frode non si può mai proteggere.

La manomissione poi era forzosa in tre casi, cioè: 1. quando il servo avesse denunziato l'omicida del suo padrone—2. quando il padrone avesse prostituita la serva da lui comprata sotto condizione di non prostituirla — 3. quando il padrone avesse inumanamente abbandonato il servo infermo.

Avvenuta la manomissione, sorgeva il cosi detto diritto di patronato, il quale consisteva nelle opere officiali cioè di rispetto e di riverenza che il servo liberato dovea all'antico padrone, e nella prossima agnazione che il padrone veniva ad avere sul servo, onde avea il diritto alla successione di lui in determinati casi. Per converso poi l' antico padrone era obbligato ad alimentare il servo cui avesse dato la libertà e che si fosse trovato in bisogno, sotto pena di decadenza da quei diritti.

Digitized by Google

Alla servitù successe gradatamente il colonato che avea con essa molta analogia, ma ne differiva essenzialmente. Il colonato già era apparso al tempo di Giustiniano, e riducevasi all' obbligo ereditario e perpetuo di coltivare una certa porzione di terreno.

Al colonato venne poi surrogata una istituzione tutta germanica presso a poco simile, cioè la servitù della gleba. Non è nostro compito di intrattenerci oltre su questi periodi storici, ora specialmente che la libertà è a tutti luce e vita.

Ma intanto è bello vedere come il Cristianesimo ha immutato le idee del diritto. Nessun filosofo antico concepiva una Nazione senza schiavi; oggidì in nessuna Nazione di Europa si ammette la possibilità della schiavitù.

Stato di cittadinanza

§ 88. La solidarietà de' popoli, la fratellanza dell'umana famiglia, la natura e il fine comune fra gli uomini, non possono cancellare la naturale distinzione del genere umano in varie nazioni o popoli, la cui separata esistenza è rivelata dalla stessa configurazione del globo terraqueo, dalla diversità delle schiatte, dalla varietà delle lingue, dai costumi e dall'indole de'popoli, e dal diverso grado di loro civiltà.

Le nazioni formano altrettante società politiche sotto il nome di Stati.

Non sempre però gli Stati, cioè le riunioni d'uomini sotto un comune Governo, corrispondono realmente alle Nazioni, essendovi per talune un distacco penoso di alcuna parte, per altre una riunione posticcia e forzosa.

Gli Stati presi realmente quali sono, non quali dovrebbero essere, presentano una esistenza separata fra essi, onde la necessità di distinguere coloro che appartenendo ad una stessa società civile, ne sopportano tutti i pesi e ne godono tutti i vantaggi, da quelli che rientrando in altra società non debbono, quando si trovano in uno Stato diverso, nè sostenerne tutti i doveri, nè goderne tutti i diritti. Onde la distinzione fra cittadino e straniero.

§ 89. Già nel § 18, parlando della distinzione tra diritti civili e politici, abbiamo fatto un cenno de' diritti ch'erano riservati a'soli cittadini romani, e nel § 60 abbiamo detto che gli stranieri erano esclusi da tali diritti e governati in Roma dalla semplicità del diritto naturale.

Qui ora dobbiamo trattarne di proposito e vedere in che consisteva la cittadinanza romana, la quale dava prerogative che fecero divenir celebre la formola che per tanti secoli echeggiò rispettata nel mondo: *civis romanus sum* — Agli stranieri si davano i nomi di

Digitized by Google

peregrinus, *hostis*, *barbarus*, e v'era il rigido precetto della Legge delle XII tavole; *adversus hostes aeterna auctoritas esto* — *Peregrinus* era chiamato lo straniero che trovavasi in Roma, sia che vi fosse andato per negozii, curiosità od altra ragione, sia che vi si fosse stabilito: *hostis* lo straniero di luogo conosciuto e fino a un certo segno in qualche modo apprezzato ma non soggiogato: *barbarus*, di luogo estraneo a' limiti di civiltà.

Or i soli cittadini Romani godevano i diritti riferentisi *aut ad rem publicam*, *aut ad rem privatam*.

Ad rem publicam rispondeva il *jus civitatis*, cioè ogni diritto politico — *Ad rem privatam* il *jus quiritum* cioè ogni diritto civile.

Ciascuno di tali diritti comprendeva parecchi elementi — Nell'ordine politico gli elementi erano — 1. il *jus honorum*, facoltà di essere eletto a pubbliche cariche, cui era inerente una dignità ed una partecipazione al pubblico potere — Dal *jus honorum* strettamente inteso venivano distinti i *munera*, cioè gli officii d' interesse pubblico, ma senza dignità e senza partecipazione a potere pubblico, come la tutela e la cura — 2. il *jus suffragii*, facoltà di poter dare il proprio voto per pubbliche cose — Nell'ordine civile gli elementi erano — 1. il *connubium*, cioè la facoltà di contrarre giuste nozze, donde provveniva l'agnazione, di cui parleremo nello stato di famiglia — 2. il *commercium*, facoltà di contrattare, e pel suolo attitudine ad essere oggetto di proprietà quiritaria — 3. la *factio testamenti activa et passiva*, cioè la facoltà di dare e di ricevere per testamento.

Tali elementi e di ordine politico e di ordine civile si distribuivano più o meno largamente alle regioni, alle città, e alle persone; onde distinguevasi la cittadinanza romana in piena, (*civis romanus optimo jure*), e semipiena (*civis romanus non optimo jure*).

Poichè Roma s'ingrandì innanzi tutto con la conquista del Lazio quindi dell'Italia, e poscia di quasi tutto il mondo allora conosciuto, la cittadinanza venne ad essere diversa ed ebbe maggiori o minori prerogative, e si delineò in quattro grandi categorie, cioè di cittadini romani, di latini, di italici, e di provinciali, e il diritto si distinse in *jus civium romanorum*, *jus latii*, *jus italicum*, *jus provinciarum*. Noi ci limiteremo a darne una brevissima idea.

1. *Jus civium romanorum*. Consisteva nel pieno godimento dei diritti civili (*jura quiritum*) e dei diritti politici (*jura civitatis*) e di tutti gli elementi onde tali diritti erano composti.

Ma i cittadini romani erano distinti in *cives ingenuos* e *cives municipes*. Gli uni eran quelli domiciliati in Roma, e gli altri quelli che *in oppidis suis manebant*. Or questi ultimi godevano dell'indipendenza locale, ma partecipavano alla piena cittadinanza romana, e

Digitized by Google

divenivano cittadini ingenui tostochè fissavano il loro domicilio in Roma. Ma quì la parola *ingenui* non va presa nel senso di chi è nato libero, come abbiamo detto al § 85, sibbene in contrapposto ai municipali, e nel senso di chi è cittadino romano e domiciliato in Roma. Arpino era municipio, e Cicerone se ne vantava. Per codesta condizione tanto favorita vien dato il nome di Municipio ai nostri Comuni.

2. *Jus latii*. Consisteva nell'avere tutti i diritti di cittadinanza romana nell'ordine privato (*jus quiritium*), e nell'ordine politico il solo *jus suffragii*, mantenendo la indipendenza e le leggi locali. Vi era però l'obbligo di dar milizie a' Romani ne' tempi di guerra.

3. *Jus italicum*. Consisteva nell'avere indipendenza e leggi locali e godere del solo *jus commercii*, con obbligo di dare ai Romani delle sovvenzioni materiali, ad esempio delle navi, e di fornirli di milizie nelle guerre. Le città che si trovavano in tale rapporto si chiamavano *civitates liberae*, *foederatae*. Napoli era una di esse.

4. *Jus provinciarum*. Le provincie, sebbene in modo vario, erano però sempre trattate più duramente. Poco o nulla loro restava di leggi locali, eran soggetti anche a leggi speciali fatte per esse, venivano molto gravate di balzelli, ed infestate da Magistrati romani. La Sicilia e la Sardegna erano provincie.

V'eran poi le colonie, cioè luoghi assoggettati con le armi, e nei quali si trapiantava un certo numero di cittadini romani, e si distribuiva loro una parte del territorio, e generalmente il terzo. Le colonie erano considerate quasi una propagazione del popolo romano e risentivano perciò dei diversi ordini o categorie della cittadinanza romana, onde v'erano colonie romane, latine, italiche e provinciali e v'eran pure colonie militari. Tutte le colonie stavano sotto le leggi di Roma, ed eran trattate in modo ineguale in quanto agli elementi della cittadinanza, perciocchè le colonie romane godevano dei soli elementi di ordine privato; le latine del solo *jus commercii;* le italiche non ne godeano alcuno, ma erano esenti da quei più gravi pesi cui erano assoggettate le colonie provinciali; le militari erano uguagliate alle romane.

Con la istituzione delle colonie, i Romani vollero provvedere a parecchie loro necessità, e così a purgare le città da uomini miserabili e viziosi, a diffondere il romanismo, a dare un premio e un riposo ai veterani, e a far guardare da questi le proprie frontiere. L'attuale regno di Rumenia discende da una colonia romana impiantata sulle rive del Danubio.

Man mano caddero tali distinzioni di elementi così svariati di cittadinanza, e a' tempi di Caracalla, e molto più a' tempi di Giustiniano,

Digitized by Google

ebbero i diritti di piena cittadinanza romana tutti gli abitanti del vasto impero.

Vedutosi così per brevi linee il congegno della cittadinanza romana sorge spontaneo il desiderio di conoscere la ragione riposta per la quale i Romani s'indussero a conformarla a tal modo.

Essi che ben conoscevano la loro potenza, e che vedevano come fosse ricercata la loro cittadinanza, anche a semplice titolo di onore, vollero trarne profitto, come d'ordinario fa chi abbia in suo potere una cosa da molti desiderata — Sminuzzarono perciò la cittadinanza in quegli svariati elementi, i quali vennero a costituire quasi altrettanti privilegii, e li concedevano con parsimonia, e dietro retribuzione di alleanze per la guerra, di derrate ecc. — A tal modo i Romani potettero, quasi vendendo fumo, spadroneggiare, estendere le loro conquiste, ed avere grandi risorse. Inoltre la cittadinanza così sminuzzata serviva loro di comodo mezzo per mantenere ferma la loro dominazione, perchè punivano le Città ribelli facendole passare d'una in altra categoria, e così, per dirne di una sola, Capua che godea del *jus italicum* fu in pena ridotta al *jus provinciarum*.

§ 90. Rimane ora a conoscere in quali modi si acquistava la cittadinanza Romana.

Essa si aveva:

1. Per nascita in correlazione alla condizione del padre se il figlio era procreato da giuste nozze, ed in correlazione della madre se il figlio nasceva da unione illegittima. In altri termini la nascita avea un necessario rapporto col nodo coniugale per regolare la cittadinanza del figlio, il quale seguiva lo stato del padre ed era cittadino se il padre fosse stato cittadino al momento della generazione ed unito in giuste nozze con quella con la quale lo aveva procreato. Se poi il figlio fosse nato da unione illegittima seguiva lo stato che la madre aveva al momento della nascita del figlio.

2. Per manumissione, con le restrizioni cennate innanzi nello stato di libertà.

3. Per concessione sia a persone, sia a città, sia a territorii.

Il matrimonio tra un cittadino e una straniera, e viceversa tra uno straniero e una cittadina non faceva nè acquistare nè perdere la cittadinanza ad alcuno.

Ma se il cittadino avesse tolto a moglie una straniera, ed avesse provato che egli se la tolse credendola cittadina, poteva acquistare la cittadinanza e per lei e pe'figli.

Nel medio evo il principio regolatore per riguardo alla cittadinanza fu il solo luogo di nascita, e la regola era che la nascita nel territorio costituiva il fondamento della qualità di cittadino (1).

(1) La cittadinanza italiana non conosce disuguaglianza come la Romana.

Digitized by Google

Intanto vi hanno tre punti che si connettono alla teoria della cittadinanza e sono—1. l'incolato—2. la estimazione civile—3. l'infamia.

Tutti i cittadini sono eguali dinanzi alla legge e tutti godono egualmente i diritti civili e politici dei quali abbiamo parlato nel § 18. Veggansi art. 24 dello Statuto Costituzionale, ed art. 1. del Codice civile.

La teoria della cittadinanza per Codice civile si riduce perciò a' modi come si acquista e come si perde. Qui parleremo dell'acquisto e terremo discorso della perdita al proprio luogo cioè alla perdita dello stato.

La cittadinanza italiana si acquista:

1. Per razza, cioè per discendenza da' membri del popolo.
2. Per luogo di nascita.
3. Per matrimonio.
4. Per naturalità.

Dobbiamo innanzi tutto parlare e della razza e del luogo di nascita dovendo essere valutati insieme questi due elementi per formarsi una chiara idea dell'acquisto della cittadinanza odierna.

La razza, cioè la discendenza da'membri del popolo, mette capo al principio della nazionalità; vale a dire la nazionalità dei genitori, cioè la condizione *nazionale* di essi, costituisce il vero e grande elemento dominante della materia. La ragione è che l'uomo nasce membro di una famiglia e la nazione essendo un aggregato di famiglie, egli è cittadino di quella nazione a cui appartengono il padre suo e la sua famiglia.

Di che segue che è cittadino il figlio di padre cittadino, art. 4 Codice civile, e che se il padre è ignoto, è cittadino il figlio nato da madre cittadina, art. 7. Ma se non sono conosciuti nè padre nè madre, prende forza l'altro fattore, a dir così secondario, del luogo di nascita, ed è cittadino chi è nato in Italia, art. 7 capoverso ultimo.

Per altro codesti due fattori, cioè la condizione de'genitori ed il luogo di nascita, possono trovarsi in conflitto, e in tal caso il Codice modera in modo equo le sue norme facendo specialmente valere le presunzioni a base di un terzo fattore qual'è quello della residenza o del domicilio.

Può il padre, o se questi è ignoto, la madre, aver perduto la cittadinanza, e nascere il figlio in Italia o all' Estero. Se nasce in Italia e vi abbia la sua residenza, è reputato cittadino. Se nasce all'Estero è reputato straniero. Ma entro l'anno dalla maggiore età può egli eleggere la qualità di cittadino o di straniero, e se elegge quella di cittadino deve fissare il suo domicilio in Italia, art. 5, 6 e 7. La legge dovea elevare quella presunzione per fissare uno stato a chi è nato, e mantenerglielo fino a quaado con lo sviluppo fisico e intellettivo non avesse egli potuto decidersi. Tale presunzione è fondata sulla intenzione de'genitori ne'casi ordinarii, e sul fatto della residenza che accenna a un complesso di rapporti che non può essere senza significato.

Può inoltre nascere in Italia un figlio ad uno straniero, il quale vi abbia fissato il suo domicilio, e in tal caso la Legge reputa straniero il figlio se il domicilio del padre non rimonti a dieci anni innanzi, e lo reputa invece cittadino se il padre da oltre un decennio vi abbia reale domicilio e non residenza per causa di commercio. Ma entro l'anno dalla maggiore età può il figlio dello straniero che si trovi in alcuna di tali condizioni scegliere le qualità di cittadino o di straniero, e se elegge quella di cittadino deve fissare il suo domicilio in Italia.

Digitized by Google

INCOLATO

§ 95. L'incolato per diritto romano si avea quando alcuno, ch'era cittadino di un determinato punto, trasferiva il suo domicilio in altro luogo dove avea vigore cittadinanza diversa, e così ad esempio se alcuno passava con la somma delle sue cose da una città libera ad un municipio o viceversa. In tal caso egli non godea nel novello luogo la cittadinanza che vi trovava, ma riteneva invece la cittadinanza della sua origine: Onde la massima — *Cives origo, incolas vero domicilium facit.*

Così, la donna che si maritava, riteneva la sua cittadinanza senza partecipare a quella del marito, il quale l'avesse avuta diversa, e nel cui punto ella era un un incola durante il matrimonio. L'incola era soggetto alle leggi del luogo dove trasferiva il suo domicilio, ma non era partecipe dei diritti che le leggi del luogo davano ai cittadini. Onde l'incola è definito. *Qui in municipio alieno domicilium constituit, nec tamen jus civitatis habet, nec civiles capit honores* (1).

---

2. Matrimonio.

La donna straniera che si marita ad un cittadino acquista la cittadinanza italiana e la conserva anche vedova art. 9. La ragione è che la moglie dipende dal marito, e deve seguirlo, ed è ancora che l'unità della costituzione della famiglia non consente che fra marito e moglie esista differenza di cittadinanza.

3. Naturalità.

Questa si ha quando la cittadinanza è concessa agli stranieri, e si distingue in grande e piccola. Grande quando si concede per legge nèl quale caso si ottengono tutti i diritti civili e politici proprii dei cittadini italiani; piccola quando si concede per Decreto Reale e allora si ottengono diritti limitati, tra cui quello detto d'incolato che consiste nella facoltà di non essere espulso dal Regno, come diremo or ora. Benvero per gl'Italiani non regnicoli, quali sarebbero i Triestini ec, basta il solo Decreto Reale per far ottenere a loro i pieni diritti di cittadinanza, art. 10 Codice civile, e Legge 17 Dicembre 1860.

(1) Per diritto odierno l'incolato costituisce un diritto politico, il quale si riduce al diritto di non poter essere espulso dal Regno. Per lo che il cittadino italiano gode di questo diritto ed il governo non potrebbe espellerlo dall'Italia per ragione di pubblica sicurezza. Invece lo straniero, godendo i soli diritti civili e non i politici, potrebbe essere espulso dal Regno se gravi considerazioni lo richiedessero e specialmente se vi andasse di mezzo la sicurezza sociale.

La naturalità anche piccola della quale abbiamo parlato nella cittadinanza dà il diritto allo straniero di non essere espulso, perchè ha acquistato quel diritto politico.

Digitized by Google

ESTIMAZIONE CIVILE ED INFAMIA

§ 92. La estimazione civile è definita — *dignitatis illesae status legibus ac moribus comprobatus.* La infamia — *privatio existimationis ob violatam turpibus factis honestatem.* Come si vede, la stima è un contrapposto, è un' antitesi dell'infamia. Entrambi derivano dalla opinione pubblica, la quale suona bene nel primo, e male nel secondo caso, ciò che è molto per un cittadino.

Or tanto la stima, quanto la infamia, per diritto romano erano morale e civile ; l' una dipendeva soltanto dal riguardo che si aveva nella coscienza pubblica, l'altra non solo da ciò ma anche dal diritto o dalla consuetudine.

Nulla è a dire per la stima o l'infamia morale.

Per la civile, la stima ammetteva gradazioni, poichè si perdeva con la privazione della libertà e della cittadinanza, e si diminuiva per varie cause, come per la fustigazione, per la rimozione da impieghi pubblici, e specialmente per l'infamia.

L'infamia civile poi si avea per l'esercizio di certe professioni (ad esempio il lenocinio) o di certe azioni turpi fatte in pubblico; ovvero per condanna per reati determinati, o per le quattro azioni civili di mandato, deposito, societá e tutela, nelle quali azioni era sempre implicata la tradita fede. L'infamia produceva la perdita dei diritti politici e della facoltà di rappresentare altri come procuratori o mandatarii in giudizio, e d'intentare azioni popolari (1).

Stato di famiglia

§ 93. La famiglia, che è una creazione di natura, costituisce il primo elemento della comunanza civile, onde la qualità che dalla famiglia provviene è uno stato della persona, ed è il più amorevole. I diritti ed i doveri si sentono istintivamente in famiglia come si sente il piacere e il dolore nelle gioie e nelle sventure domestiche: l' amor coniugale, la pietà paterna, l'affetto de' figliuoli sono connaturali alla umana specie.

(1) Per diritto odierno, e specialmente per quello vigente nelle nostre provincie napolitane, la stima e l'infamia civile non sono riconosciute, al segno che l' infamia ritenuta nel Codice penale sardo all'art. 24 non fu accettata quando lo si estese in queste provincie. Veggasi art. 23 Decreto Luogotenenziale de' 17 febbraio 1861.

Ma la stima e la infamia morale apportano una influenza nella ragion civile art. 269 num. 3 Cod. civile, e nella ragion penale art. 25 e 374 Cod. pen., e art. 285 Cod. proc. pen., e art. 25 Decreto Luogotenenziale 17 febbraio 1861.

Digitized by Google

Sopra quest'associazione così colligata ne' più intimi e delicati sentimenti, la società non potea essere indifferente, perchè trova in essa il primo anello della grande famiglia nazionale.

Quì dobbiamo ricordare anche una volta che lo stato della persona è una qualità, come abbiamo già detto ai § 77 ed 82, onde lo stato di famiglia è la qualità che una persona à di fronte alla società per la famiglia cui appartiene. Diverso dallo stato è il rapporto di famiglia, il quale à il senso della relazione speciale di fronte a due persone. La qualità di marito e di moglie è stato. La relazione tra marito e moglie, creata dal matrimonio, è rapporto di famiglia (1).

La parola *famiglia* (*familia*) presso i romani avea diversi significati, ora indicando tutti coloro ch' erano sotto la potestà del padre di famiglia , ora coloro che vi sarebbero stati se il comune padre fosse vivo, ora quelli che avean tra loro stretti vincoli di sangue , cioè : marito, moglie e figli, ora tutti i beni che alcuno avea , ora tutti gli schiavi sottoposti alla potestà domenicale.

§ 94. D'altro canto presso i Romani la parola *parentela*, se pure esisteva, non aveva il senso di vincolo civile; ma ciò non ostante tutti gli odierni scrittori di diritto romano parlano di parentela civile e naturale, ond' è d'uopo conoscer bene in che consiste la parentela, e qual' è la differenza che passa tra *parentela* e *famiglia* (2).

Or innanzi tutto è a sapere che le parole *agnatio* e *cognatio* in diritto romano ànno un significato generico di ligame che stringe più o meno da vicino i congiunti: se il ligame è civile, si à l'*agnatio*; se è naturale si à la *cognatio* (3).

Tanto nell' *agnatio*, quanto nella *cognatio* rientra la *famiglia*, la quale à diversi significati, come abbiamo detto nel § precedente, ma più propriamente la *famiglia* per riguardo all'*agnatio* viene ad indicare le persone le quali si trovano sotto la potestà paterna; e per riguardo alla *cognatio* il rapporto tra marito e moglie, genitori e figli.

Cosicchè la differenza tra l'agnazione, e la cognazione da una parte, e la famiglia dall'altra è di estensione, essendo la famiglia limitata a quelli ora indicati, e comprendendo l'agnazione e la cognazione, oltre ad essi, anche altri tra cui passa un vincolo più lontano (4).

---

(1) Veggasi art. 5 disposizioni preliminari del Codice Civile.

(2) Nel Codice civile sta un titolo per la *parentela*, art. 48 e seguenti, e in molti articoli si parla di *famiglia*, come nell' art. 6 disposizioni preliminari, e negli articoli 131, 212 ecc.

(3) Per Codice civile la parola *parentela* è anche generica, e significa il ligame che stringe più o meno da vicino i congiunti, ma oggi la legge à riconosciuto come vincolo civile il solo vincolo che viene dalla natura, ossia dal sangue, art. 48 e seguenti.

(4) Anche oggi nella parentela rientra la famiglia, e la differenza tra paren-

Digitized by Google

Vogliamo esprimere anche meglio le nostre idee.

La famiglia civile romana è quella che si trova realmente ed attualmente sotto la patria potestà, e così figli, nipoti ecc., finchè il ceppo comune sia vivo; onde non vi si comprendono quelli che sono usciti dalla patria potestà, come i figli emancipati. La parola famiglia viene da *famulor*, servire, perchè tutti quelli, che si trovavano sotto la potestà del padre, erano considerati come servi di lui, *res mancipii*. Per lo che la famiglia civile à per base assoluta e diretta la potestà del padre vivente. La famiglia naturale invece è costituita dal rapporto che passa tra marito e moglie, genitori e figli, onde non vi si comprendono i nipoti, perchè questi formano parte della famiglia del figlio, e la famiglia naturale à per base il più stretto vincolo di sangue, ed il più intimo affetto che dal sangue promana.

La parentela civile *stricto sensu*, è costituita dalle conseguenze cui menava la patria potestà romana anche dopo la morte del padre, ma è distinta dalla famiglia civile, perciocchè la parentela civile comincia dove la famiglia civile finisce, cioè comincia dopo la morte del padre e si estende man mano per gradi. La parentela naturale *stricto sensu* è costituita invece dal vincolo di sangue, che vien perdendo d'intensità e di forza secondochè più si allontani, e la parentela naturale comincia anch'essa dove la famiglia naturale finisce, cioè comincia dal grado successivo a quello che passa tra padre e figlio (1).

La parola *parentela* si è adoperata dopo i tempi romani, e più frequentemente nel senso di vincolo di sangue, perchè *parens* significa il padre e la madre, e *parere* significa generare, ed oggi dagli scrittori di diritto romano si adoperano le parole di *parentela civile* in luogo di *agnazione*.

Laonde, restringendo le idee, in diritto romano *agnatio* significa famiglia civile e parentela civile, ma più propriamente la parola *familia* era riservata all'una, e la parola *agnatio* all'altra: *cognatio* significa famiglia naturale e parentela naturale, ma la famiglia naturale era talvolta chiamata anche *familia*, e alla parentela naturale era riservata la parola *cognatio* (2).

---

tela e famiglia è pure di estensione, perchè la famiglia è limitata al marito, alla moglie, ed a'figli; e la parentela, oltre ad essi, comprende gli altri co'quali passa un vincolo di sangue.

(1) La teoria oggi è identica per quanto riguarda la sola parentela naturale e la famiglia naturale, non essendo riconosciute la parentela civile e la famiglia civile, art. 6 disposizioni preliminari, e art. 48, 131, 132.

(2) In realtà la distinzione così precisa, e la differenza tra famiglia e parentela nel linguaggio tecnico odierno, si sono avute da che, essendosi abolita la famiglia e la parentela civile dei romani, e ritenuta invece soltanto la naturale, era mestieri che il sistema novello risaltasse anche nelle parole.

Digitized by Google

§ 95. Or i romani, sebbene non disconoscessero la parentela e la famiglia naturale le quali prendono a base i vincoli del sangue derivanti dal matrimonio, pure ritenevano come produttive di effetti civili e politici soltanto la parentela e la famiglia civile, le quali riposavano sopra il concetto tutto politico della patria potestà.

Non dobbiamo soffermarci sulla parentela e sulla famiglia naturale, perchè queste si riducono al rapporto tra due o più persone che discendono l' una dall' altra o che tutti discendono da un comune autore. Dicevansi *cognati, quasi una communiterv: nati, vel ab eodem orti progenitive sint.*

La parentela e la famiglia civile o agnazione comprendevano tutti coloro ch'erano sottoposti alla medesima patria potestà, o che vi sarebbero stati sottoposti se il comune padre fosse ancora in vita.

Così i figli adottivi rientravano nella famiglia civile del padre adottante, ed i figli emancipati uscivano dalla famiglia civile del padre emancipante, siccome del pari ne uscivano le figlie maritate e tutti i discendenti di essa, dapoichè le figlie maritate e i discendenti di lei rientravano nella famiglia civile del marito. L'agnazione fu ideata da' Romani in corrispondenza della teoria della patria potestà, la quale (siccome vedremo) avea un carattere particolare ed una rigorosa dominazione. Dopo tutto ciò ben s' intende la definizione degli agnati cioè dei componenti la parentela e la famiglia civile, la quale definizione è: *Agnati sunt a patre cognati virilis sexus per virilem sexum descendentes.* La parentela e la famiglia civile, cioè l'agnazione, era molto importante nel diritto Romano antico, sia per riguardo al godimento de' diritti politici, sia anche pe'diritti civili, e più che altro per la tutela e per le successioni intestate.

Ma da codesto sistema artificiale di parentela e famiglia civile seguivano conseguenze inique. E così essendosi agnato soltanto per *virilem sexum*, ne seguiva che non v' era alcuna ragione di succedere alla madre ed a'parenti materni. Così, morto intestato uno che aveva un nipote figlio della sorella, ed un lontano parente anche di decimo grado per linea maschile, questi succedeva e non quello.

Onde accadde che con Senato Consulti e con editti del Pretore si prese a favorire la parentela e la famiglia naturale, cioè la co. gnazione, finchè Giustiniano diè l' ultimo colpo ed abolì l' agnazione quasi all'intutto, riavvicinando la parentela e la famiglia al suo vero carattere qual' è il naturale (1).

Per altro l' agnazione, cioè la parentela e la famiglia civile, e la

(1) Per Codice Civile è riconosciuta la sola famiglia naturale, art. 48, la quale è la base e della tutela art. 244 e 245, e della successione intestata art. 721.

Digitized by Google

cognazione, cioè la parentela e la famiglia naturale, hanno punti di contatto così intimi, per quanto la differenza che passa tra l'una e l'altra è di genere e di specie — *Inter agnatos et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem: nam qui est agnatus, et cognatus est: non utique autem qui cognatus est, et agnatus est.* La base era diversa, perchè la parentela e la famiglia civile si fondavano sulla patria potestà, e la naturale sul matrimonio; la civile sul potere, la naturale sull'amore che viene dal sangue; la civile su'vincoli in linea maschile, derivanti cioè dal padre, e dal dominio che il padre avea o che avrebbe avuto se fosse stato ancora in vita, la naturale sui vincoli formati dal sangue.

Allo stato di famiglia hanno attinenza altri istituti di diritto, cioè: 1 la gentilità — 2 la distinzione tra le persone sui juris e quelle alieni juris — 3 la computazione de' gradi, la differenza delle linee, e l'affinità.

Gentilità

§ 96. È questo uno de'più incerti argomenti che presenti la storia del diritto, e non potrebb' esserne di meno perchè fin da' tempi del giureconsulto Gaio la gentilità era una memoria, onde noi rimandiamo gli studiosi a' libri di pura storia.

Per altro non possiamo fare a meno di dirne qualche parola.

La gentilità desta l'idea del primo patriziato de' Romani, del *gentil seme* de' Romani, di cui parla Dante. Gentili dunque erano quelli che, nati ingenui, non erano mai stati in servitù. Ma ciò non basta, perchè la gentilità formava un' aggregazione, al segno che avea diritto alla tutela legittima e alla successione intestata in mancanza di agnati, onde alcuna cosa doveà essere comune fra i gentili, e il punto comune sembra fosse stato quello della discendenza di un comune stipite, la prova della quale erasi ordinariamente perduta nel corso de'tempi, e rimaneva soltanto nella eredità del nome. Si può perciò ritenere che i gentili erano gruppi di famiglie patrizie ligate da vecchio vincolo di agnazione.

Persone sui juris ed alieni iuris.

§ 97. La patria potestà romana, come meglio vedremo a suo luogo, era fondata sopra un concetto tutto politico di potestà nella sua famiglia.

Onde sotto il rapporto di famiglia le persone eran distinte in *sui juris* e *alieni juris*. Gli uni erano assolutamente indipendenti e si chiamavano *patres*, *matresve familias*, avessero o non avessero

Digitized by Google

figliuoli. Gli altri invece erano dipendenti dalla potestà del padre di famiglia. Giova formarsene un più chiaro concetto. Per essere *sui juris*, ovvero *alieni juris*, non si avea riguardo all' età, ma soltanto alla soggezione verso la patria potestà. Chi non era a questa soggetto, si fosse pur trovato in teneri anni e sotto tutela, era *sui juris*, e si chiamava *pater familias* se maschio, *mater familias* se femina. Chi invece era soggetto alla patria potestà, si fosse pur trovato in vecchi anni, era *alieni juris*, e si chiamava *filius familias* se maschio, *filia familias* se femina — La femina *sui juris* ed anche quella *alieni juris* che si fossero maritate con la forma della *conventiò in manu*, stavano in luogo di figlia (*loco filiae*) verso il marito, ed aveano il nome di *mater familias*; se poi si fossero maritate senza la *conventio in manu* prendevano nome di *matrona* ed anche di *uxor*.

Or la potestà paterna si svolgeva in tre modi, cioè con la *patria potestas*, con la *manus*, e col *mancipium*. La prima era la potestà su' figliuoli, e ne parleremo nella patria potestà — la seconda era la potestà che in alcuni casi si avea sulla moglie, e ne parleremo nel matrimonio — Il terzo, cioè il *mancipium*, era il potere derivante dalla mancipazione, quello cioè che provveniva al compratore dalla vendita che un padre gli avesse fatta di suo figlio — Tale vendita si facea talvolta fintamente per liberare il figlio dalla patria potestà, e ne parleremo nella emancipazione. Ma altre volte la vendita si facea sul serio, o perchè il padre volea guadagnarne il prezzo (*propter pecuniam*), o perchè volea indennizzare chi fosse stato danneggiato dal figlio (*noxae datio*). Or quando la vendita si facea seriamente, si avea il *mancipium*, cioè il figlio venduto andava sotto la potestà del compratore, e restava libero ed anche cittadino, ma di solo nome, perchè nel fatto dovea prestare al compratore i servizii come schiavo e dargli tutto ciò che guadagnava a somiglianza di un servo (*servi loco*).

A' tempi di Giustiniano erano scomparsi e la *manus* e il *mancipium*, onde la persona *alieni juris* significava soltanto figlio di famiglia (1),

(1) Se oggi, per rispetto allo stato di famiglia, si volesse far la distinzione di persone *sui juris et alieni juris*, la si troverebbe nel rapporto di padre e figlio minore, ma la base non sarebbe la incapacità del figlio ad avere diritti proprii pel potere del padre di famiglia che assorbiva la personalità giuridica del figlio, invece la base sarebbe il diritto derivante al padre dalla natura, diritto che è riconosciuto dal Codice civile, e che legalmente si estende fino a che dura la presunzione generale d'incapacità a causa dello sviluppo fisico e intellettuale, cioè fino a'21 anno, art. 220, 270, 323 Cod. civ.

Digitized by Google

Computazione de'gradi, differenza delle linee, affinità.

§ 98. Tanto la parentela e la famiglia civile (*agnatio*) quanto la parentela e la famiglia naturale (*cognatio*) sono strette da un vincolo più o meno vicino, per lo quale è mestieri veder la distanza che passa tra l' un componente e l' altro della famiglia civile o naturale che sia, e ciò perchè è necessario regolare il diritto di successione ereditaria a'più prossimi, far valere il divieto delle nozze a' più stretti congiunti ecc.

È diversa la base dell' una e dell' altra, come abbiamo detto innanzi a' §§ 94 e 95, ma entrambi mettono capo al ceppo comune, e soltanto la parentela e la famiglia naturale, fondate sul matrimonio e non sulla patria potestà, non sono limitate *per patrem*, ma abbracciano tutte le persone che hanno vincolo di sangue per rapporto al comune autore. Onde la definizione della parentela naturale è—*progenies ex communi stipite descendens* (1).

Dal matrimonio intanto nasce un altro vincolo analogo a quello della cognazione, ma meno intenso, cioè il ligame tra un conjuge e i parenti dell'altro conjuge, ligame che prende il nome di affinità, la quale è definita: *necessitudo inter unum conjugem et alterius familiam* (2). Ma codesto ligame di affinità è ristretto tra l' un conjuge e i parenti dell'altro conjuge, e non si estende da'parenti di un conjuge a'parenti dell'altro, e così gli affini di mia sorella maritata non sono affini miei; siccome non si estende dagli affini di un conjuge agli affini dell' altro, e così i mariti di due sorelle non sono affini tra loro. *Adfinitas non parit adfinitatem* (3). Ma l' affinità termina con lo scioglimento del matrimonio, perchè cessa la causa che le diede origine (4).

Or la parentela, per la generazione che la informa, ha un doppio rapporto. Il primo è tra le persone che discendono l'una dall'altra. Il secondo è tra quelle che non discendono l'una dall'altra, ma che mettono capo ad uno stipite comune. Il primo si chiama linea retta, perchè la linea va diritta da padre a figlio, a nipote, a pronipote ec.

---

(1) Oggi non più esiste parentela civile, ma soltanto naturale, ed è definita il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite art. 48 Cod. Civ.

(2) Analoga alla parentela è l'affinità, che è definita come vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge art. 52.

(3) Per Codice Civile la teoria è identica art. 52.

(4) Per Codice Civile l'affinità non cessa per la morte del coniuge dal quale deriva, essendosi ritenuto che il vincolo di affinità si generò completo dal matrimonio, sicchè continua a sussistere, quantunque la causa venga ad estinguersi, art. 52 capov. ult.

Digitized by Google

Il secondo si chiama linea trasversale perchè diverge *ex transverso sive a latere*, come il fratello germano, il fratello cugino ec., dovendosi in questo secondo rapporto tener calcolo de'due lati che si ricongiungono al comune autore per vedere quale sia il ligame che stringe i due congiunti.

A quest'uopo però non basta la sola linea, ma è ancor necessario conoscere la distanza precisa che passa tra l'uno e l'altro congiunto, ciò che si fa numerando le generazioni, e tale distanza prende il nome di grado.

Ora si può intendere la definizione della linea e quella del grado. La linea si definisce: *series personarum ex communi stipite descendentium*. Il grado: *distantia cognatorum ex numero generationum.*

È regola che: *tot sunt gradus quot sunt generationes*, *dempto stipite.*

Vogliamo chiarir bene la idea.

Nella linea retta si computano tanti gradi quante sono le generazioni fra le persone discendenti l'una dall'altra, e ciò si fa contando le persone, meno lo stipite. E così il vincolo che passa tra me e mio padre è di un grado, tra me e mio avo è di due, tra me e mio bisavo è di tre ec.

Nella linea trasversale, obliqua, o collaterale come voglia dirsi, i gradi si computano contando le persone delle due linee, non comprendendo nel computo lo stipite comune. E così io e mio fratello siamo congiunti in secondo grado, io e il figlio di mio fratello siamo congiunti in terzo grado, io e mio cugino in quarto ec.

Abbiamo detto che lo stipite non si calcola nè nella linea retta, nè nella trasversale, ed è bene conoscerne la ragione, la quale è che dovendosi pel grado computare il numero delle generazioni, lo stipite si considera solamente come generatore, e perciò forma una sola generazione col generato.

La linea obliqua è uguale o disuguale: è uguale quando i parenti si trovano alla stessa distanza dallo stipite comune, come due fratelli, due cugini: è disuguale quando dallo stipite comune l'un parente è più lontano dell'altro, come zio e nipote ecc.

In quanto poi all'affinità, questa realmente non ha nè linee nè gradi perchè mancano le generazioni, ma ciò non ostante è regola che: *In affinitate aeque ac linea et gradus statuuntur, et eodem modo computantur, ac in consanguinitate.* Cioè nella linea e nel grado, in cui taluno è congiunto ad un conjuge, è affine dell'altro conjuge. E così il suocero è in linea retta con la nuora, ed è affine di lei in primo grado perchè tra lui e il figlio, che è il marito della nuora, passa il primo grado. La moglie è in linea trasversale col fratello

Digitized by Google

del marito, e gli è affine in secondo grado perchè tra due fratelli ripassa appunto il secondo grado (1).

Intanto non è fuori proposito quì accennare che la parola *linea* à pure un altro significato, cioè quello di indicare l'insieme di coloro che sono congiunti ad una persona dal lato del padre o dal lato della madre, onde in questo senso la linea si distingue in paterna e materna.

La linea paterna è costituita dal padre e parenti di lui; la materna dalla madre e parenti di lei (2).

La parentela civile veniva riconosciuta fino al decimo grado, cioè menava ad effetti civili fino a tal grado — La naturale si estendeva fin dove si avesse memoria, non menando oltre il decimo grado ad effetti civili nè anche nel matrimonio (3).

§ 99. Se non che, a compimento di questa teoria, dobbiamo brevemente accennare a tre altri punti.

Il primo versa sulla natura del vincolo coniugale. Per diritto romano il matrimonio fatto con la *conventio in manum* faceva entrare la moglie nella famiglia civile del marito *loco filiae*: senza la *conventio in manum* ella seguitava a far parte della famiglia civile donde era uscita, ma era considerata come un elemento costitutivo della famiglia naturale novella che veniva a sorgere per la sua unione col marito, col quale contraeva i più intimi e sacri vincoli (4).

Il secondo è sulla differenza tra i fratelli germani e gli unilaterali. Sono germani i fratelli procreati dallo stesso padre, e dalla stessa madre. Sono unilaterali quelli che hanno comune soltanto il padre, e si chiamano fratelli *consanguinei*, o ànno comune soltanto la madre e si chiamano fratelli *uterini* (4).

Il terzo è sul *respectus parentelae*. Quelli i quali si trovano immediatamente sotto lo stipite comune ànno con gli altri che stanno in grado più lontano un vincolo che risente del paterno, e sono perciò

---

(1) Per la differenza delle linee, e per la computazione dei gradi anche nell'affinità, la teoria del codice civile è uniforme, art. 49, 50, 51, 52.

(2) Veggasi art. 722 Cod. Civ.

(3) Si ripete che oggi la parentela è soltanto naturale, ma la legge limita gli effetti civili fino al decimo grado, art. 48.

(4) Essendo oggi riconosciuta soltanto la famiglia naturale, ed essendo distinta la famiglia dalla parentela, convien conoscere in che consiste il vincolo coniugale. Tutti ritengono che è un vincolo *sui generis*, il quale sta in prima linea. L'intima società che à luogo tra marito e moglie, la comunanza di affetto, l'assidua e comune partecipazione a' travagli della vita, le comuni cure che prestano alla prole, costituiscono rapporti tali che vincono qualunque parentela.

da rispettarsi. Onde si dice chè quelli *sunt loco parentum*. Tali sono gli zii e le zie rimpetto a'nipoti, pronipoti ecc. Codesta specie di parentela apportava una influenza specialmente negli impedimenti del matrimonio, come diremo a suo luogo (1).

Modificazione dello Stato.

§ 100. Come già cennammo al § 84, molte sono le vicende che l'uomo può incontrare in sua vita, e per le quali il suo stato personale resta modificato — Imperciocchè i diritti che possono appartenere ad una persona, e la capacità della medesima, variano secondo la diversa condizione in cui essa si trova — Or quì occorre parlare di alcune modificazioni, e precisamente — 1. dell'origine e del domicilio — 2. dell'età — 3. del sesso — 4. della salute — 5. della professione — 6. della religione.

Ma non si creda che codeste siano tutte le modificazioni che può subire lo stato della persona, mentre invece essa può risentirne molte e assai gravi, e che formano l'oggetto d'importanti istituti giuridici, come il matrimonio, la legittimazione, l'adozione, l'emancipazione ecc., cose tutte delle quali parleremo a proprio luogo.

Origine e domicilio.

§ 101. L'origine pe'Romani era doppia, cioè la patria comune Roma, e il luogo di domicilio del padre al momento della nascita del figlio — Il secondo senso dell'origine veniva in certo modo a confondersi col domicilio, e la differenza tra origine e domicilio consisteva in ciò che la origine non si perdeva mai, mentre il domicilio si poteva trasferire altrove ed anche perdere (2).

Il domicilio si definisce—*locus in quo quis praesens videtur et saepius commoratur* — cioè il domicilio è un rapporto di diritto tra un individuo ed un luogo ove egli si reputa sempre presente per l'esercizio dei suoi diritti e per l'adempimento delle sue obbligazioni.

Il domicilio consta di due elementi, cioè della volontà e del fatto. Deve concorrere la volontà, perchè ciascuno è libero di scegliere per suo domicilio quel luogo che meglio crede — Deve concorrere il fatto, perchè la volontà dev'esser determinata da fatti certi e noti agli occhi di tutti, e ciò nell'interesse dei terzi per la giusta tutela

---

(1) Anche oggi tale parentela apporta influenza, art. 59.

(2) Per codice civile l'origine in tale senso si confonde del tutto col domicilio, e costituisce il domicilio di origine, il quale tiene il luogo del domicilio civile quando questo manchi—Argomento art. 16 e 17.

Digitized by Google

dovuta dalla legge ai cittadini. Il criterio pratico per riconoscere il domicilio è che si ha il domicilio in quel luogo da cui alcuno partendo, sembra andar viaggiando, e nel quale dopo che sia tornato sembra aver finito il suo viaggio (1).

Il domicilio si distingue in civile e politico, secondo che si consideri come sede legale della persona in ordine all'esercizio dei diritti civili ovvero dei diritti politici, dei quali abbiamo parlato al § 19. Ordinariamente il domicilio politico segue il domicilio civile (2).

Il domicilio civile si suddivide in domicilio generale, speciale, legale, e materiale.

Il domicilio generale è il luogo dove alcuno ha il centro della sua vita civile e sociale. Il domicilio speciale il luogo dove alcuno si reputa presente soltanto per l'esercizio di determinati diritti e doveri in seguito di elezione volontaria o forzosa. Il domicilio legale è il luogo dove alcuno si reputa presente per sola forza di legge come il domicilio del minore presso il padre o presso il tutore, il domicilio della moglie presso il marito ecc. — Il domicilio materiale è il luogo in cui alcuno risiede senza avere la intenzione di renderlo centro della sua vita civile e sociale (3).

§ 102. I principii di diritto sono:

1. Domicilium ex libera voluntate constituitur et mutatur. La ragione sta nell'omaggio alla libertà umana (4).

2. In dubio non praesumitur domicilii mutatio, sed praesumitur quemquam continuasse domicilio priori, et saltem in loco originis et domicilio paterno. La ragione è che il domicilio non solo consta

(1) Per Codice civile la teoria è uniforme art. 16 e 17.

(2) Per diritto odierno la teoria è uniforme — art. 19 legge comunale e provinciale 20 marzo 1865.

(3) Per codice civile la teoria è uniforme. Pel domicilio generale veggansi gli articoli 16 e 17. Pel domicilio speciale il principio è fissato nell'articolo 19, ed è applicato in svariati casi sparsi nel Codice e nella procedura Civile, e così per la iscrizione ipotecaria nell'articolo 1987 n. 2. Codice civile, per la competenza nell'art. 95 Codice procedura civile, per la esecuzione forzosa nell'articolo 563 n. 2. Codice procedura civile—Pel domicilio legale veggasi l'art. 18 Codice civile—Il domicilio materiale non è oggi più così chiamato, ma invece si sono distinti, il domicilio, la residenza e la dimora. Domicilio è quello di cui si è discorso, residenza e dimora corrispondono al domicilio materiale. La residenza è il luogo dell'abitazione effettiva e reale, senza che consti l'intenzione della persona di fissarvi la sede principale dei propri affari, come sarebbe Napoli per un impiegato cha avesse casa e famiglia a Portici donde giornalmente viene e dove torna. La dimora dinota un soggiorno di carattere interinale e passaggiero, come è pei comici, art. 16 Codice civile, ed art. 139 Codice procedura civile.

(4) Per Codice civile la teoria è uniforme art. 17.

Digitized by Google

dell'intenzione, ma anche del fatto, e deve spiccare all'occhio di tutti nell'interesse dei terzi, i quali resterebbero ingannati se mai alcuno dicesse aver cangiato o voler cangiare domicilio senza cangiarlo di fatto, ciò che menerebbe a conseguenze dannose come per la competenza ec. (1).

3. Duobus locis potest aliquis habere domicilium, si utrobique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur. La ragione era che in diritto romano non si cancellava mai l'origine (2).

4. Non repugnat sine domicilio aliquem esse, dum, domicilio relicto navigat, aut iter facit, quaerens, quo se conferat, atque ubi constituat. La ragione era che in diritto romano si considerava mancare uno degli elementi costitutivi del domicil o, cioè quello della intenzione, e d'altro canto la origine restava sempre ferma (3).

Età.

§ 103. Per riguardo all'età è principio generale che fino a quando non siesi raggiunto il pieno sviluppo fisico ed intellettuale, si è sotto una presunzione generale d'incapacità, la quale varia in modo più o meno esteso a seconda dei periodi diversi.

La legge deve fissare il tempo in cui presume quel pieno sviluppo (4). La influenza che apporta l'età alla capacità giuridica della persona è rilevata in quattro periodi chiamati — 1. Infanzia la quale dura fino a'sette anni compiuti, e chi vi si trova si chiama *infans, quia fari nequit* — 2. Impubertà la quale comincia da'sette anni e finisce a'dodici anni per le femmine e a'quattordici pei maschi, e chi vi si trova si chiama *pupillus* — 3. Pubertà la quale comincia da'dodici anni per le femine e da'quattordici pei maschi, e finisce a'venticinque anni compiuti, e chi vi si trova si chiama *minor*—4. Età maggiore, la quale comincia dopo compiti i venticinque anni, e la persona allora chiamasi *major*. Inoltre nel periodo della impubertà quelli che

(1) Per Codice civile la teoria è uniforme, art. 16 e 17.

(2) Per Codice civile non si può avere che un sol domicilio art. 16 Codice civile. La ragione è che essendosi più spiritualizzato il diritto, e ritenuto che il domicilio dipende precipuamente dall'intenzione, riesce impossibile che l'animo e l'affetto dell'uomo si adagino egualmente sopra due luoghi.

(3) Per Codice civile ciascuno deve avere un domicilio arg. art. 16 Cod. civ. e la ragione è di essersi ritenuto fuori di ogni probabile ed ordinaria previsione il supporre che un uomo, per quanto misero e vagabondo egli sia, riguardando alla terra, non iscorga alcun luogo verso il quale penda il suo animo. D'altro canto, quando tutto manchi, v'è il domicilio di origine.

(4) Teoria uniforme — art. 240, 323, 1104, 1106, 1107 Codice civile.

Digitized by Google

più si accostavano all'infanzia chiamavansi *infantiae proximi*, e gli altri che si accostavano più alla pubertà dicevansi *pubertati proximi*.

La ragione principale per cui in diritto romano facevansi tante distinzioni nella teoria dell'età, era che i tutori ed i curatori aveano grandi poteri, come si vedrà nella teoria della tutela, onde si cercava di temperarli estendendo di qualche poco la capacità di chi vi era soggetto a seconda dell'età. Inoltre quelle quattro gradazioni corrispondono allo sviluppo progressivo dell'uomo (1).

Sesso.

§ 104. In quanto al sesso, è principio generale la prevalenza del maschio sulla femina, ossia la capacità giuridica della donna è limitata ovvero manca del tutto nell'esercizio de'diritti così civili come politici. La civiltà che non era progredita, la durezza nel governo della famiglia, e la mira di mantenere in essa i beni, come pure la poca attitudine che la donna ha per natura nell'esercizio dei diritti politici, consigliavano a'romani tale rigore (2).

Salute.

§ 105. Relativamente alla salute vi ha modificazione più o meno grave di capacità giuridica a seconda della gravità del male, il quale può essere nella mente come pe'matti, e nel corpo, sia per vizio costante come pe'ciechi, muti, e sordi ecc., sia per infermità permanenti (3).

(1) Il Codice civile distingue l'età dell'uomo in due soli periodi, di minore età fino a'ventun anno compito, e di maggiore età dopo tale periodo, e chiama minori o maggiori quelli che non hanno ovvero hanno varcato i ventun anno, articoli 240, 323.

La ragione principale per cui il Codice civile non ha ripetuto le distinzioni romane, ed ha ridotto a due soli i periodi, è che si sono temperati i poteri del tutore mediante la istituzione del Consiglio di famiglia provvenutoci dal diritto consuetudinario francese, come si dirà nella tutela. I poteri de'curatori si son poi ridotti ancor più di quelli de' tutori, come vedremo parlando della cura. Inoltre il Codice ha creduto dover prendere precipuamente di mira il tempo dello sviluppo completo a' 21 anno, senza voler essere dottrinale e seguir le presunzioni de'diversi periodi di età che non hanno in pratica molta influenza e si risolvono a sistemi scientifici.

(2) La incapacità della donna nell'esercizio de'diritti civili è per Codice civile molta ristretta, essendosi col progresso dei tempi risollevata la sua condizione, ma delle limitazioni vi sono, e così la donna maritata è soggetta alla autorizzazione maritale per gli atti che compromettono il suo patrimonio art. 134 Codice civile. In quanto poi ai diritti politici, ella è oggi assolutamente incapace.

(3) Teoria uniforme art. 273 n. 3. 324, 329, 339, 340 Codice civile.

Digitized by Google

Professione.

§ 106. La professione, e in generale la condizione della persona, non hanno per massima una influenza su' diritti civili e politici. Ma per eccezione si facevano in diritto romano, secondo i varî tempi, delle esenzioni da' pubblici uffizî per alcune classi, come medici, grammatici ec.; ovvero delle dispense da forme solenni specialmente ne' testamenti, come era pei militari; ovvero delle esclusioni da pubbliche funzioni com'era per quelli di condizione vile ed abbietta. Per alcuno di tali casi avremo occasione di parlare durante il corso delle lezioni (1).

Religione.

§ 107. La Religione ha sempre avuto una influenza più o meno grave ne'tempi romani per riguardo all'esercizio de' diritti civili e politici. I *sacra familiaria*, e l'uso degli *auspicii maggiori o minori* aveano parte nel godimento e nell'esercizio di que' diritti. Nato il conflitto tra la religione pagana e la cristiana, i cristiani subivano delle esclusioni da tali diritti. Divenuta poi la religione cristiana religione dello Stato, furono soggetti per converso a quelle esclusioni coloro che non la professavano (2).

Perdita dello stato.

§ 108. Come abbiamo detto al § 77 la parola *caput* era in diritto romano sinonima di *status*, onde la frase *capitis deminutio* significava una diminuzione di stato, una perdita totale o parziale dello stato delle persone.

Poichè lo stato era triplice, di libertà, di cittadinanza e di famiglia, anche triplice era la *capitis deminutio*, la quale si diceva *maxima* se si perdea lo stato di libertà, *media* se si perdea lo stato di cittadinanza, *minima* se si perdea lo stato di famiglia. L'una perdita inchiudeva le altre in codesta gradazione, e così la perdita della li-

(1) La diversa condizione o professione mena anche oggi a qualche conseguenza. Così i Ministri di qualunque culto sono esclusi dall'ufficio di Giurati nelle Corti di Assisie, art. 3 Legge 8 Giugno 1874; i Militari in tempo di guerra hanno forme speciali di testare, articoli 799 e seguenti Codice civile, i Presidenti delle Camere, i Ministri Segretarii di Stato ec. sono dispensati dall'Ufficio di tutore, art. 272.

(2) Oggi i tempi di libertà e di progresso han fatto valere il principio razionale della tolleranza de' diversi Culti e del rispetto alle convinzioni religiose o anche atee altrui, perlochè la confessione religiosa qualunque essa sia, non è calcolata per rapporto ai diritti civili e politici.

Digitized by Google

bertà facea perdere la cittadinanza e la famiglia, e ciò era logico, perchè l'uomo ridotto al livello d'una cosa qualunque, non potea pretendere a' diritti di cittadinanza e di famiglia; la perdita dello stato di cittadinanza facea perdere anche i diritti di famiglia, e ciò era anche logico secondo il sistema romano perchè lo straniero governato dalla semplicità del diritto naturale, non godeva diritti politici e civili, tra cui rientrava la patria potestà che era il fondamento della famiglia civile. La perdita poi dello stato di famiglia non alterava nella persona lo stato di libertà e di cittadinanza.

La massima e media diminuzione di capo si chiamavano anche *mors civilis*, morte cioè alla libertà o almeno alla cittadinanza romana (1).

Ora bisogna vedere quando accadeva la perdita di ciascuno di tali tre stati.

Perdita dello stato di libertà.

§ 109. Lo stato di libertà si perde per tutte quelle cause per le quali alcuno è ridotto a schiavitù. Tali cause erano sette:

1. Per condanna a morte o a lavori pubblici. In tal caso l'uomo era considerato servo della pena cui era stato condannato (*servus poenae*).

2. Per prigionia di guerra, della quale abbiamo fatto cenno nel § 80. Era massima di diritto internazionale pubblico fra gli antichi che la guerra rompeva ogni rapporto tra i popoli belligeranti, e che perciò ciascuno di essi poteva occupare e persone e cose dell'altro; onde i soldati presi prigionieri divenivano schiavi. Ma i romani temperarono codesto rigore pe' loro soldati fatti prigionieri e per conseguenza schiavi del nemico, perciocchè stabilirono il *jus*

(1) La morte civile, sebbene riservata al solo caso della condanna a morte per reati, sia pure in contumacia, è stata in vigore fino agli ultimi tempi, e al segno che la si legge nel Codice civile francese, e con effetti durissimi tra cui quello dell'apertura della successione dei beni in vantaggio degli eredi, art. 25 Codice civile francese. Per altro con legge del 31 maggio 1854 la morte civile fu abolita in Francia, e vennero moderati gli effetti civili della condanna alla morte naturale. E qui si avverta che le nostre provincie napolitane precedettero le altre nazioni di Europa, ed anche la stessa Francia, nella civiltà che aborriva dalla morte civile, perciocchè questa non vi fu accolta quando vennero formati i Codici napolitani.

Per Codice civile Italiano non solo non è riconosciuta la morte civile, ma il condannato a morte, sia pure in contumacia, subisce delle perdite moderate, di cui parleremo nelle seguenti note. Inoltre lo stato di libertà è sempre riconosciuto, e la perdita dello stato di cittadinanza non fa perdere lo stato di famiglia.

Digitized by Google

postliminii per lo quale se il prigioniero romano trapassava il territorio nemico (*limina*) e faceva ritorno in patria, era considerato come se non avesse mai perduta la libertà, e fecero una finzione di diritto con la legge Cornelia ritenendo come morto prima della prigionia il soldato fatto prigioniero e morto presso i nemici, onde restava fermo il testamento fatto da lui, e se non lo avesse fatto si apriva la sua successione intestata,

3. Per frode privata, quando alcuno ch'era libero consentiva a farsi vendere come schiavo per ritirarne il prezzo e dividerlo col finto padrone venditore.

In tal caso non poteva rivendicare la libertà, e restava schiavo del compratore.

4. Per frode pubblica quando alcuno si sottraeva al censimento o al servizio militare,

5. Per debito, di che si parlerà nella teoria del pegno.

6. Per caso speciale di mal costume, cioè quando la donna libera che si era congiunta con uno schiavo, avesse continuato in tale unione non ostante l'ammonizione fattale per tre volte dal padrone dello schiavo medesimo, nel quale caso ella diveniva schiava dello stesso padrone.

7. Per ingratitudine, quando il libertino si rendeva ingrato gravemente verso il padrone che lo avea liberato (1).

PERDITA DELLO STATO DI CITTADINANZA.

§ 110. Innanzi tutto come abbiamo detto al § 108 la cittadinanza si perdeva con la perdita della libertà, ma poteva riacquistarsi dai prigionieri di guerra col *jus postliminii* di cui abbiamo parlato al § 109, e poteva riacquistarsi dai condannati mediante la restituzione in intero, la quale specialmente per gli esuli costituiva un giorno di gran festa ed era chiamato il *dies natalis* perchè tornavano in vita alla cittadinanza romana (2).

---

(1) Oggi non vi è stato di libertà, e perciò niuno può perderlo.

La condanna a morte ed ai lavori forzati a vita fa perdere tutti i diritti politici, e molti diritti civili, tra cui alcuni derivanti dallo stato di famiglia, poichè quelle condanne tolgono al condannato la facoltà di amministrare, alienare ed ipotecare i suoi beni, potendo disporre soltanto per testamento, lo assoggettano ad un tutore, e lo privano della potestà patria e maritale, art. 3 Disposizioni transitorie del Codice civile, ed art. 1 Codice civile La condanna a'lavori forzati a tempo o alla reclusione mena alla perdita de'diritti civili ora mentovati, ma non alla perdita dei diritti di famiglia, di potestà patria e maritale, art. 3 Disposizioni preliminari del Codice civile, e art. 22 Cod. penale.

Per riguardo poi all'odierno diritto bellico si parlerà in nota nella teoria dell'occupazione, nella quale dovrà discorrersene di proposito per diritto romano.

(2) Oggi non v'è alcuna perdita dei diritti civili e politici per la prigionia

Digitized by Google

Tranne la perdita di libertà, la quale menava come di conseguenza alla perdita della cittadinanza, per ogni altro caso valevano due principii, cioè. 1.° *Nemo invitus privatur civitatis juribus.* 2.° *Nemo duarum civitatum civis esse potest.* La ragione del primo principio è che la qualità di cittadino *ossibus haeret*, al segno che non vi è forza che possa distruggerla. La ragione del secondo è che specialmente i diritti politici derivanti dalla cittadinanza non possono esercitarsi in due Nazioni diverse, principalmente perchè i diritti politici tengono al governo della cosa pubblica, e sarebbe strano supporre che alcuno potesse comandare in due Nazioni, ed anche perchè i diritti politici dei due paesi diversi possono trovarsi in conflitto.

Ma sebbene codesti due principii siano perfettamente razionali, pure i romani seppero trovare un ripiego per dar le apparenze di volontaria rinunzia alla cittadinanza, mentre in realtà la rinunzia era forzosa, ed il ripiego fu la così detta *interdictio aquae et ignis.* Quando essi volevano privare alcuno della cittadinanza, gli proibivano l'uso dell'acqua e del fuoco, onde l'uomo dovea di necessità esulare ed andare in luogo dove potesse godere di quegli indispensabili elementi di natura, e non potendo tornare in patria si ascriveva alla cittadinanza del luogo dove andava, ed ascrittosi appena ad essa perdeva la cittadinanza romana per forza del secondo di quei due principii che niuno poteva essere cittadino di due patrie. Qualcuno più accorto e più fortunato cercava di tenersi nascosto in casa di amici infino a che il rigore di quella proibizione non gli fosse rimesso, e non perdeva in tal caso la cittadinanza perchè non aveva acquistata quella straniera. Così fece Cicerone, e potè mantener salva la qualità di cittadino romano.

Sopraggiunto l'impero vennero in uso la deportazione e la relegazione, ma di esse facea perdere la cittadinanza soltanto la prima cioè la deportazione.

Cosicchè vi erano 1.° l'esilio. 2.° la deportazione. 3.° la relegazione, e giova conoscerne le differenze. Nell'esilio vi era piena libertà di andar dovunque piacesse alla persona fuori il territorio soggetto alla dominazione romana (*libera vagandi potestas*). La deportazione e la relegazione consistevano nel confinare alcuno in un determinato punto, e per lo più in un'isola, ovvero in qualche oasi di deserto, ma mentre la deportazione era ordinariamente perpetua e menava sempre alla perdita della cittadinanza, la relegazione era invece ordinariamente temporanea e non facea perdere i diritti di cit-

di guerra, e pei condannati i quali hanno sofferto perdita di diritti politici o civili vi è la riabilitazione, le cui norme son tracciate negli art. 834 e seguenti del Codice di procedura penale.

Digitized by Google

tadinanza romana. Il nostro Ovidio di Solmona si rese famoso per la sua relegazione all'isola di Ponto ove piangendo scriveva melanconiche elegie.

Per qualche tempo gl'imperatori romani mantennero in vigore la interdizione dell'acqua e del fuoco, la quale, sebbene durissima, lasciava una certa libertà almeno di scelta del luogo di esilio, e rispettava la nobiltà della persona del cittadino romano, cui non era fatta fisicamente alcuna forza, ma in deportazione o in relegazione si andava *compedibus vincti impositique navibus.*

Nel medio evo la cittadinanza si perdeva per la rinunzia, la quale dovea essere accettata, perciocchè il suddito per la fedeltà feudale non potea staccarsi senza il consenso del Re o del Signore del feudo (1).

---

(1) Per Codice civile italiano hanno pieno vigore i due principii razionali del diritto romano. 1. *Nemo invitus privatur civitatis juribus.* 2. *Nemo duarum civitatum civis esse potest.* Oggi la cittadinanza non si può perdere se non per rinunzia la quale può essere espressa con dichiarazione fatta davanti l'ufficiale dello Stato Civile, o tacita ottenendo la cittadinanza in paese estero, ovvero accettando un impiego o entrando al servizio militare nell' estero senza permesso del governo, art. 11.

Il principio di diritto feudale, che attaccava l'uomo alla terra, è stato bandito, onde non si richiede il consenso del governo per rendere efficace tale rinunzia. Ma riconoscendo pur la libertà del cittadino di rinunziare alla cittadinanza per acquistarne una nuova in estero paese, non si volle permettere che ciò potesse farsi per esimersi dal tributo di sangue che ciascuno deve alla patria, onde la perdita della cittadinanza non dispensa dagli obblighi del servizio militare; e si volle inoltre mantener fermo il principio che non possa alcuno ribellarsi alla nazione cui appartiene, e mostrarlesi ingrato al segno da portar le armi contro di essa. La patria è una famiglia, e fa il maggiore ribrezzo soltanto il pensiero che alcuno rivolga le armi contro chi gli ha dato la vita, art. 12. Si considera eziandio una tacita rinunzia della donna alla cittadinanza italiana quando passi a marito con uno straniero, anche perchè la moglie deve seguire il marito e l'unità della costituzione della famiglia non consente che fra il marito e la moglie vi sia differenza di cittadinanza, art. 14.

Quanto alla moglie ed ai figli minori di chi ha perduta la cittadinanza, essi divengono stranieri, salvo che abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno, perchè il fatto della residenza diversa dimostra che non vi è intimità nei rapporti familiari.

Abbiamo detto che la rinunzia può essere espressa o tacita. Ma la tacita deriva sempre da presunzioni che si traggono dal noto all'ignoto per fatti incompatibili con la qualità di cittadino.

Trattandosi sempre di presunzioni, e potendo bene accadere che il cittadino abbia contratto un legame politico nuovo senza volere perciò rinunciare all'antico, il codice concede molto facilmente i mezzi per ricuperare la cittadinanza perduta.

E così, chi l'ha perduta, può ricuperarla rientrando nel regno col permesso

Digitized by Google

Perdita dello stato di famiglia

§ 111. Per diritto romano antico la perdita dello stato di famiglia produceva lo scioglimento del nesso agnatizio.

Ma per diritto romano novissimo tale importanza venne quasi del tutto a mancare perchè i principali diritti di agnazione si ebbero per la cognazione, essendosi quasi annientata la famiglia civile per dar luogo alla famiglia naturale, come abbiamo detto al § 95.

Cosicchè se la perdita dello stato di famiglia fu prima molto grave, divenne poi molto lieve.

Ciò spiega la frase *capitis deminutio minima* per la perdita dello stato di famiglia, poichè la persona che usciva dall' agnazione di una famiglia veniva ad esser privata di tutti i diritti civili e politici che da tale agnazìone a lei provvenivano.

Or soffrivano la perdita dello stato di famiglia.

1. Tutti coloro che avessero perduto lo stato di libertà o lo stato di cittadinanza (v. § 108).

2. Gli arrogati, dei quali parleremo nella patria potestà, pèrchè da *sui juris* passavano ad essere *alieni juris* sotto la potestà dell'arrogante.

3. I figli degli arrogati perchè passavano anch'essi sotto il potere dell'arrogante e perdevano l'agnazione primiera.

4. I legittimati, dei quali parleremo anche nella patria potestà, perchè da *sui juris* passavano sotto la potestà del padre che lo legittimava.

5. Gli emancipati, dei quali parleremo allo stesso punto, e la ragione per essi era tutta speciale, perchè la emancipazìone si dovea fare in forma di vendita, onde la necessità di fingerli in servìtù per poterli vendere e la degradazione (*capitis deminutio*) che il figlio per la vendita, sia pure finta, veniva a soffrire.

6. Le femine le quali non fossero sottoposte all'autorità paterna

---

del governo e rinunziando alla cittadinanza straniera, all'impiego, o al servizio militare accettato in paese estero, ma è necessario che egli fissi realmente il suo domicilio nel regno e ne faccia una dichiarazione davanti l'uffiziale dello Stato civile, art. 13.

La donna maritata allo straniero, rimanendo vedova, ricupera la cittadinanza se risiede nel regno o vi rientri, e faccia anche una dichiarazione innanzi l'uffiziale dello stato civile. I figli minori di chi ha perduto la cittadinanza e che son divenuti stranieri anch'essi per averlo seguito nell'estero, possono ricuperare la qualità di cittadini facendone dichiarazione entro l' anno dall'età maggiore e fissando nel regno il loro domicilio, art. 11 e 14.

Digitized by Google

e che passassero a marito con la forma della *conventio in manum* della quale parleremo nella teoria del matrimonio (1).

Atti dello stato civile.

§ 112. Lo stato civile della persona per diritto romano è triplice, di libertà, di cittadinanza e di famiglia, come abbiamo più volte detto nelle precedenti lezioni (2). Le modificazioni dello stato medesimo sono molte, e provvengono da cause diverse, poichè la capacità giuridica della persona varia secondo la condizione in cui essa si trova come abbiamo detto al § 100.

Or è interesse sociale che i fatti, i quali costituiscono o modificano lo stato delle persone, siano accertati in un modo preciso e sicuro, e sarebbe desiderabile conoscere facilmente e prontamente in modo autentico tutti quanti i rapporti che informano la condizione civile dei cittadini, ed avere registri che porgessero quasi la biografia giuridica di ciascuno, affinchè la prova di diritti così importanti quali sono quelli che provveggono allo stato delle persone non fosse mai dubbia.

Ma le difficoltà sarebbero gravissime, onde è d'uopo fermarsi ai fatti più memorabili.

Certamente la condizione di cittadino, e la condizione che ciascuno ha in famiglia occupano il primo posto, perchè rispondono ai due stati di cittadinanza e di famiglia. Ma altre condizioni derivanti dalle modificazioni dello stato sono anch'esse di molto rilievo, e cosi principalissima è la modificazione che provviene dal matrimonio; ed a serie conseguenze di diritto menano le altre modificazioni del domicilio, della tutela, e quelle per le quali si entra a far parte di una famiglia come la legittimazione e l'adozione, ovvero se ne esce come la emancipazione, senza voler toccare altri fatti gravi, come il cambiamento di nome o di cognome, di cui può essere quasi un'appendice un titolo di nobiltà.

La prova indubbia e facile di tutti codesti fatti è della massima importanza.

Se non che, a voler lineare in certo qual modo tali fatti sotto spe-

(1) Oggi vi è perdita dello stato di famiglia in alcuni casi e sempre per pena. Le condanne alle pene di morte, e di lavori forzati a vita fanno perdere la potestà patria e maritale, art. 3. Disposizioni transitorie del Codice civile. La condanna per prostituzione o corruzione di figli minori fa anche perdere la patria potestà, art. 423 Codice penale. Perde pure la patria potestà chi ne abusi, violandone o trascurandone i doveri, art. 233 Cod. civ.

(2) Ed oggi è doppio, cioè di cittadinanza e di famiglia, secondochè abbiamo detto in nota al § 83.

Digitized by Google

ciali categorie, si trova che lo stato di una persona, qualunque esso sia, suppone un individuo che sia nato e non sia ancor morto, onde la necessità degli atti che provino la nascita e di quelli che provino la *morte*. Ma il matrimonio è la pietra angolare dello stato della persona, sia perchè senza l'unione dell'uomo e della donna niuno può nascere, sia perchè la famiglia, che è costituita dal matrimonio, è il primo anello della gran famiglia nazionale e dà l'indice della cittadinanza, onde il bisogno degli atti che provino il matrimonio e degli atti che provino la cittadinanza. Inoltre pel difetto della patria potestà, la quale provviene dal matrimonio, sorge la tutela, e questa o come tutela o sotto specie di cura va sempre estesa anche a coloro che si trovino incapaci per vizio di mente o di corpo, onde la utilità degli atti che provino la tutela medesima.

I fatti, a dir così culminanti, per rapporto allo stato della persona, e pei quali è desiderabile una prova certa e facile sono—1. la nascita—2. il matrimonio—3. la morte—4. la cittadinanza.—A tali fatti vengono a ricongiungersi gli altri secondarii, e così il domicilio si ricongiunge alla cittadinanza; la legittimazione e l'adozione si ricongiungono alla nascita, di cui si può considerare un seguito il cambiamento di nome e di cognome; la tutela e la emancipazione si ricongiungono al matrimonio che dà origine alla famiglia.

Che se pure con uno sguardo più sintetico vogliano valutarsi tutti *tali* fatti, si vede che essi riduconsi alle tre epoche memorabili della nascita, del matrimonio e della morte, le quali epoche hanno una corrispondenza con lo stato delle persone, e con la natura stessa delle cose.

Di vero —Senza nascere, non si può avere alcuno stato—Senza unione di uomo e di donna (ordinariamente santificata dal matrimonio) non si può avere la famiglia—Senza le famiglie non si ha l'aggregato che costituisce la cittadinanza—La morte poi dà fatalmente il termine alla varia scena della condizione umana.

A tal modo viene ad innestarsi il triplice stato di libertà, di cittadinanza e di famiglia, con le tre grandi epoche di nascita, di matrimonio e di morte.

Gli altri fatti secondarii si ricongiungono a quel triplice stato e a quelle tre epoche. E così, la legittimazione, l'adozione, il cambiamento di nome e di cognome, si riferiscono allo stato di famiglia, ed all'epoca della nascita; la tutela e la emancipazione si ricongiungono allo stato di famiglia, ed all'epoca del matrimonio; il domicilio si rapporta allo stato di cittadinanza ed all'epoca della nascita.

In breve, se ogni cosa nasce, cresce e muore; anche l'uomo na-

Digitized by Google

sce, cresce e crescendo si riproduce e prende svariate posizioni, e in fine cade anch'egli e muore (1).

§ 113. I Romani non disconoscevano punto codeste idee, ritenevano precisamente la nascita, il matrimonio e la morte come le epoche più segnalate della vita, ma non davano importanza alla prova di esse, perchè partivano dal principio che i fatti notorii o non debbono provarsi, ovvero si possono dimostrar facilmente, onde credettero che bastasse la teoria generale probatoria anche per riguardo ai fatti relativi a quelle tre epoche. E che la nascita, il matrimonio e la morte sieno della più grande notorietà, non si può impugnare. La letizia della famiglia e dei congiunti all'apparire di un novello membro, le gioie e le feste che accompagnano sempre le nozze, i pianti e i funebri onori che sempre seguono le morti, sono di tal clamore che costituiscono una notorietà d'ordinario chiassosa.

Qualche norma fu data dai Romani per aver memoria di quelle tre epoche, ma è certo che una teoria speciale e completa per la prova intorno a questo argomento, essi non la ebbero, e bastava, in mancanza di scrittura che se ne fosse appositamente fatta, ogni altra prova che valesse a farne la dimostrazione. *Aetas probatur aut ex nativitatis scriptura, aut aliis demonstrationibus legitimis*. Fr. 2. § 1. *de excusationibus* 26. 1. *Neque, non interpositis instrumentis, jure contractum matrimonium irritum est*. L. 13. C. *de nuptiis* 5. 4.

Le cerimonie e le pompe in quelle tre epoche venivano in certo modo ad accostarsi alle cerimonie e alle pompe odierne, perchè è la natura che in tali occasioni spinge alla festa, ovvero fa versar lagrime, e la natura umana per volger di secoli non si cangia.

E così, come oggi si presenta il neonato o almeno se ne fa una dichiarazione all'uffiziale dello stato civile, gli si dà il nome, si fa il battesimo, s'invitano congiunti ed amici, si fanno donativi alla puerpera e al novello figlio; anche allora a capo di otto giorni per le femine e di nove giorni pe' maschi si facea la così detta *lustratio* invitando parenti ed amici, e la *lustratio* consisteva in una specie di ricognizione del bambino, nell'imporgli il nome, nel portarlo in giro per la casa, nel fargli visitare qualche Tempio, nel dare donativi a lui e alla madre, e tutto finiva con un lauto desinare.

Parecchi conati furon fatti per aver la prova scritta della nascita, e Servio Tullio ordinò che la si avesse nel censo. Marco-Aurelio il filosofo dispose che si facesse fra trenta giorni dalla nascita una dichiarazione *apud praefectos aerarii saturni*, ma tali norme non vennero esattamente osservate, e soltanto i padri di famiglia eran soliti di pren-

(1) Nella materia degli atti dello stato civile, il Codice ha seguito precisamente codesto ordine d'idee—Veggasi la seguente nota.

Digitized by Google

der nota ne' loro registri delle nascite de' figli. Onde il principio di diritto innanzi ricordato che la nascita potea provarsi con scrittura *aut cum aliis demonstrationibus legitimis.*

Pe' matrimonii oggi vediamo il velo che copre il volto della sposa, i fiori che le cingono la testa a guisa di corona, la dichiarazione solenne innanzi all' uffiziale dello stato civile, la benedizione della Chiesa, i donativi, la festa di numerosi parenti ed amici, il ballo ec.; e allora il *flammeum* velava la sposa, la qual portava come sue armi la conocchia, il fuso e il filo, e come in segno di padronanza nelle faccende domestiche prendeva le chiavi della casa maritale, la divinità era sempre invocata in aiuto della nuova famiglia e specialmente nelle nozze confarreate, e un seguito di parenti ed amici faceano compagnia, e niuno di essi mancava di far un dono alla sposa. Tutto allora per la donna ricordava il *domum mansit, lanam fecit.* Ma la validità delle nozze, come meglio vedremo a suo luogo, consisteva nel solo consenso, e questo potea provarsi o con scrittura se si fosse fatta, o negli altri modi stabiliti dalla teoria probatoria.

Per la morte poi, i Romani erano assai vaghi di sontuosi funerali, e al segno che la Legge delle 12 Tavole dovè moderare l'eccesso delle spese con le famose parole—*Sumptum in ollas luctumque minuunto*—e quasi che ciò non bastasse si dovette con la Legge Fusia Caninia moderare l'eccesso delle manumissioni de' servi. E in realtà si sciupava troppo per l'accompagno funebre seguìto da servi liberati per testamento e che mandavano per segno di gratitudine alte grida lungo la via, per l'urna di metallo prezioso ove si raccoglievano le ceneri dopo la cremazione del cadavere, pel monumento, per le largizion al popolo, per la mensa con cui si chiudeva la cerimonia, e talvolta anche pel giuoco de' gladiatori. Anzi gli aristocratici facevano una specie di mascherata, perchè il defunto era accompagnato al sepolcro da persone vestite con gli abiti e con le maschere degli antenati già morti. Ciò si spiega dal vivo sentimento di religione che i Romani avevano per le anime de' trapassati e pe' sepolcri che chiudevano i loro resti mortali. Ma quanto a prova della morte, trattandosi di fatti tanto notorii, essi credettero sufficienti le norme generali.

§ 114. Se non che per conoscere l'anello di concatenazione col sistema probatorio ora vigente per gli atti dello stato civile, fa d'uopo ricordare che il Cristianesimo estese la sua influenza, e la Chiesa elevò a Sagramento e il battesimo e il matrimonio, e aumentò il carattere religioso de' cimiteri mediante la benedizione episcopale, affinchè i corpi de' fedeli *jacerent in loco dormitionis, unde Christo adveniente excitarentur*; onde il clero prese cura di accertare le nascite, i ma-

Digitized by Google

trimonii e le morti, più di tutto per sapere il numero de' fedeli, e il numero delle nuove famiglie di essi.

A tal modo ebbero inizio i registri dello Stato Civile.

Il clero ebbe maggior forza, e la validità civile del matrimonio, e la legittimità della prole divennero subordinate alla validità religiosa dell'unione coniugale. Per lo che i registri stabiliti prima per conoscere il numero dei fedeli, furono poi meglio tenuti per guarentire l'osservanza delle leggi canoniche, e gli estratti facevano fede in giudizio, e i Governi presero qua e là a dettar norme per la regolarità dei registri medesimi.

Ma questo stato di cose trovavasi in opposizione col principio dell'indipendenza della società civile dalla società religiosa in una parte tanto essenziale del civile reggimento, qual'è la prova dello stato civile delle persone, onde la Rivoluzione Francese ne rivendicò il diritto, ed una legge del 20 settembre 1792 affidò a' Municipii di Francia la tenuta de' registri dello Stato civile, ed ordinò che d'allora in poi soltanto tali registri facessero fede in giudizio. Il sistema novello bene lineato e sviluppato fece parte del Codice civile francese, dal quale lo ritrassero gli altri Codici de' diversi Stati d'Italia (1).

(1) I fatti pe'quali il Codice civile vuole che sia presa nota in pubblici registri per aver la prova dello stato civile delle persone, sono: — 1 la nascita — 2 il matrimonio — 3 la morte — 4 la cittadinanza — 5 la tutela e la cura — 6 il domicilio — 7 la legittimazione e il riconoscimento – 8 l'adozione — 9 l'emancipazione — 10 il cambiamento di nome o cognome, e i titoli di nobiltà. Ma i registri stabiliti sono soltanto cinque, cioè: — 1 di nascita, art. 350, 371, — 2 di matrimonio, art. 383 — 3 di morte, art. 385 — 4 di cittadinanza, art. 14 e 44 Regolamento dello Stato civile — 5 di tutela e di cura, art. 343 e seguenti. Il domicilio è annotato nel registro di cittadinanza, art. 17. L'emancipazione nel registro delle tutele, art. 348. La legittimazione, il riconoscimento, l'adozione e il cambiamento di nome o cognome sono annotati nel registro di nascita, art. 181, 200 e 219. Veggansi pure art. 14, 44, 52, 54, 62, 94 e 119 del suddetto Regolamento degli atti dello stato civile.

Lo scopo per lo quale furono stabiliti gli atti dello stato civile consiste nell'accertare in modo preciso e degno di fede i fatti più importanti dello stato delle persone, per guarentigia degl'interessati e della società.

Usciremmo da'nostri limiti se volessimo parlare minutamente di tutte le disposizioni che il Codice contiene a quest'oggetto. A noi basta cennare soltanto i principii direttivi.

L'uffiziale dello stato civile è il Sindaco, art. 351 Cod. civ., e art. 1 Regolamento dello stato civile, meno per la famiglia Reale per la quale è il Presidente del Senato, art. 369 e 370 Cod. civ. Quanto poi alle tutele e alle cure è preposto invece il Pretore, art. 251 e 343 Cod. civ., e la ragione è che per queste la prova è cosa secondaria, essendo invece materia principale il provvedere alla persona e a'beni di chi vi è soggetto con l'intervento del Pretore medesimo, art. 251, 296, 339 Cod. civ.

Digitized by Google

PERSONE GIURIDICHE

§ 114. La dottrina delle persone giuridiche si presenta difficile per parecchi riguardi.

Riposa sopra una finzione di diritto, o meglio sopra una astrazione che fa la legge, à contatto con altri istituti da'quali non molto facil-

---

Per l'interesse sociale che si connette a tali atti,il sindaco come uffiziale dello stato civile riveste la qualità non di Capo di Amministrazione, ma di Agente del Governo, e sta sotto la dpendenza non del potere esecutivo nel ramo politico, ma del potere esecutivo nel ramo giudiziario, cioè sotto la immediata e diretta vigilanza del Procuratore del Re, e si deve conformare alle istruzioni che gli vengono date dal Ministro di Grazia e Giustizia, art. 97 Legge Comunale, art. 13 Regolamento dello stato civile, art. 365 Codice civile.

Per assicurare la regolarità de'registri la legge adopera diversi mezzi. Chiama il Presidente del Tribunale a vidimarli foglio per foglio, art. 357 Cod. civile. Precisa con molta diligenza le forme che si debbono osservare negli atti, art. 352, 374, 383, 387 Cod. civile. Vieta agli Uffiziali dello stato civile di riparare agli errori ed alle omessioni, ed ordina che ogni rettificazione si faccia con sentenza del Tribunale, e che le sentenze sieno trascritte sugli atti dello stato civile senza fare alcuna variazione sull'atto rettificato, prendendosene soltanto una nota a margine di questo, art. 401, 402, 403 Cod. civ., art. 845 ed 846 Cod. procedura civile. Commina pena pecuniaria per la trasgressione di tali precetti, e fa salva l'azione penale e di risarcimento di danni laddove siavi stato dolo ovvero colpa, art. 404 e 405 Cod. civ.

Stabilisce poi il Codice quattro principii molto importanti.

Il primo è che l'atto deve limitarsi a ciò che l'uffiziale dello stato civile ha fatto personalmente, ed a ciò che è seguito in sua presenza, argom. art. 355 e 363.

Il secondo è che l'atto deve contenere le sole enunciazioni relative al fine pel quale è compilato, e che sono stabilite o permesse dalla legge, art. 354. E così, quando al momento della dichiarazione di nascita, il bambino non fosse vivo, l'uffiziale dello stato civile deve esprimere questa circostanza, senza tener conto della dichiarazione che si facesse da'comparenti che il bambino sia nato vivo o morto, art. 374. Se la nascita è da unione illegittima, la dichiarazione non può enunciare che il nome del genitore o de'genitori dichiaranti: che se tale dichiarazione si faccsse da altra persona, può enunciarsi il solo nome della madre se consti per atto autentico che questa acconsente alla dichiarazione medesima, art. 376.

Il terzo è che gli atti dello stato civile sono autentici, e come tali fanno fede sino alla iscrizione in falso, ma limitatamente alle enunciazioni relative al fine pel quale l'atto è fatto e che sono stabilite o permesse dalla legge, ed a ciò che l'uffiziale pubblico attesta avvenuto alla sua presenza, art. 363. Ond'è che l'uffiziale dello stato civile dev'esser sempre assistito da'testimoni, art. 352 Cod. civ., e art. 21 Regolamento dello stato civile. Le dichiarazioni fatte da comparenti, e che sieno permesse dalla legge, fanno fede sino a prova contraria, art. 353 Cod. civ.

Digitized by Google

mente si discerne, è sparsa in punti svariati del *Corpus juris*, è appena cennata ne'Codici odierni di tutta Europa, ed intanto à in pratica una estesa applicazione.

Per formarsene una idea chiara fa d'uopo tornar col pensiero a quanto abbiamo detto a proposito del subbietto di diritto nel § 75.

Questo è costituito da un essere intelligente come termine attivo o passivo di un rapporto che produce diritti da una parte e doveri dall'altra.

Codesto essere intelligente è l'uomo, il quale à una individualità corporea, ed una facoltà naturale al volere da cui possono avere origine e diritti e doveri. L'uomo è un soggetto naturale, a cui la legge non può fare a meno di annettere la subbiettività giuridica.

Ma la legge non si è limitata all'uomo soltanto, ed à creato su dati artifiziali una facoltà di volere là dove manca una facoltà naturale, e così con una finzione à reso capace di diritti un ente che non è uomo.

« A noi sembra, dice il dotto professor Capuano, che la missione « delle persone giuridiche derivi dal bisogno che abbiamo di estendere la umana personalità. Imperocchè essendo l'individualità limi- « tata nello spazio e nel tempo, non è sufficiente per se stessa a « provvedere a tutti i bisogni della vita. Ora creando alcuni enti « giuridici ed investendoli di quei poteri che mancano all'uomo in- « dividuo, si ottiene quel che non sarebbe possibile conseguire coi « poteri particolari dei singoli. » (Diritto privato de' Romani pag. 282).

E così, ad esempio, chi volesse mantenere un istituto benefico ol-

---

Il quarto è che i fatti per la cui attestazione è prescritta dalla legge la formazione degli atti dello stato civile non possono esser provati che col mezzo de'registri dello stato civile e degli estratti che ne sono rilasciati, purchè non vi sia stata mancanza, distruzione, smarrimento, o interruzione, ne'quali casi si permette che la prova possa farsi per altri titoli o per testimoni, art. 170 e 364 Cod. civ.

Vi sono inoltre norme speciali pe'cittadini italiani che si trovino all'Estero, e pe'militari in campagna.

In quanto a'primi, è data loro la scelta di far ricevere gli atti dello Stato civile o dalle autorità straniere secondo le forme stabilite dalle leggi del luogo, ovvero da'Regii Agenti diplomatici o consolari secondo le forme stabilite dal nostro Cod. civ., art. 367 e 368.

Relativamente a'militari in campagna, e alle altre persone impiegate al seguito delle armate, come medici, contabili, telegrafisti ed altri, gli atti dello Stato civile debbono essere ricevuti dalle Autorità militari designate a questo oggetto, art. 398, 399, 400. La ragione sta nelle famose parole dette da Napoleone I nella discussione degli atti dello Stato civile de'militari — *là où est le drapeau, là est aussi la France*. Il militare, fedele alla propria bandiera, è sempre reputato come fosse nel territorio della sua nazione, anche quando combattendo si trovi in estero paese.

Digitized by Google

tre la sua vita, ed anche perpetuamente, non sarebbe punto sicuro affidandosi agli eredi, e la sicurezza gli provviene facendo prendere a quell'istituto la sembianza di persona.

Una persona giuridica è dunque un soggetto di diritto che non à una esistenza naturale, corporea, fornita della facoltà di volere, ma che per finzione di legge à una esistenza soltanto intellettuale. Onde i giureconsulti Romani chiamarono la persona giuridica *personae vicem sustinens*, e i giureconsulti posteriori persona *morale*, perchè un tempo vi era in uso di designare con la parola *morale* tutto ciò che non era soggetto alla percezione de'sensi (1).

§ 115. Or fa d'uopo innanzi tutto conoscere dove riposa la subbiettività del diritto nelle persone giuridiche. Non certo ne'beni, perchè questi sono un mezzo per raggiungere lo scopo prefissosi con la personificazione. Non nelle persone che ne godono, come i malati di un ospedale, i poveri di un ospizio, perchè essi son destinati soltanto a risentirne il vantaggio, e non dispongono punto de'beni. Non nelle persone che amministrano, perchè esse sono mandatarie. Non nelle persone riunite o associate per un dato scopo, come gli abitanti delle provincie e de'comuni, perchè la personalità non risiede nei singoli membri, al segno che *quod universitati debetur*, *singulis non debetur*; *quod universitas debet*, *singuli non debent*. Non nello scopo, perchè non può confondersi il fine per lo quale venne creata la persona giuridica, la destinazione assegnata a'beni, con la persona stessa, e d'altro canto lo scopo è sempre qualche cosa di obbiettivo, e l'oggetto non si può scambiare in soggetto. Invece il subbietto de'diritti qui è tutto ideale, è una finzione, è una creazione della legge, è una intellettuale *vanità che par persona*, come Dante dice. I rapporti di diritto ànno qui de' subbietti puramente ideali per analogia de'subbietti fisici, e ciò nel fine di raggiungere lo scopo cui non arriverebbe l'uomo limitato com'è nel tempo e nello spazio.

§ 116. Perchè vi sia una persona giuridica son necessarii due requisiti, cioè — 1. la esistenza di un elemento fisico a cui è connessa la subbiettività del diritto — 2. la esistenza di una disposizione di legge che connetta tale subbiettività a quell'elemento.

In quanto al primo requisito si à che l'elemento fisico consiste o nella unione di più persone per raggiungere un dato scopo, o nella unione di beni destinati a servire ad uno scopo determinato, cioè o in un complesso di persone o in un complesso di beni, e come

(1) Nel codice civile sono adoperate le espressioni *corpi morali*, *istituti civili*, *istituti ecclesiastici*, in corrispondenza della frase generica *personae vicem sustinens*.

Digitized by Google

dicono i Romanisti o in una *universitas personarum*, o in una *universitas bonorum*. Alla prima rispondono due specie, cioè — 1. le corporazioni che ritengono il nome di *universitas*, e che si chiamano anche *corpus*, *collegium*, *ordo* — 2. lo Stato (*fiscus*). Alla seconda altre due, cioè — 1. le pie fondazioni (*piae caussae*) — 2. l'eredità giacente (*hereditas jacens*).

Quanto poi al secondo requisito si à che la disposizione di legge può essere generale o speciale. È generale quando la legge dichiara che nella esistenza di alcune condizioni sorga la persona giuridica— speciale quando questa si crea per un singolo caso. Ma la creazione della persona giuridica non è da confondersi con l'autorizzazione che il Governo dia per riguardi politici od economici di una qualche società, o con la ricognizione che il Governo faccia di essa, invece si richiede che venga concessa dalla legge la qualità di persona giuridica, ciòè che la legge crei col suo potere un soggetto ideale capace di diritti e di doveri, elevi a persona un ente che tale non è.

Che se le persone giuridiche non si veggono nel fatto create tutte per legge, cioè con le solennità con le quali la legge si emana, ma invece son create dal governo, è da avvertire che questo lo fa come delegato dal potere legislativo, potendo la sola legge aver la forza di creare una persona che non abbia una esistenza naturale e che possa vivere di vita giuridica (1).

§ 117. Ciò posto, vediamo quali sono i principii comuni a tutte le persone giuridiche.

Il primo è che qualunque persona giuridica è investita della qualità da cui procede la capacità di avere diritti ed assumere obbligazioni. Quale sia il limite di codesta capacità, si vedrà parlando dello stato di tali persone.

Il secondo è che ogni persona giuridica è relativa, cioè è limitata allo scopo per cui è costituita. D'ordinario è perpetua, ma può essere anche temporanea.

Il terzo è che la persona giuridica, per trovarsi in rapporto di diritto, dev'essere sempre rappresentata da persona fisica, la quale è determinata per legge o per lo statuto proprio dell'ente.

Il quarto è che è riservata sempre al Governo la suprema ispezione delle persone giuridiche, ed a' poteri dello stato la creazione, limitazione, e distruzione di esse (2), perciocchè lo scopo potrebbe

(1) Teoria uniforme, art. 2 Cod. civ. Veggasi art. 25 della legge sulle opere pie.

(2) Tali quattro principii hanno base e riscontro agli art. 2 Cod. civile, 137 e 138 Cod. procedura civile, e art. 106, 107, 129, 156 Cod. commerciale.

Digitized by Google

essere sovversivo, ovvero potrebbe diventar tale, ovvero mutate circostanze rendersi inutile ed anche di nocumento. Lo stesso sviluppo di una persona giuridica dev'essere alcuna volta moderato, specialmente per gli acquisti, e la necessità se ne vede tostochè si ricordi che il Clero fino allo scorso secolo tenne soggetti circa due terzi de'beni in quasi tutti i paesi cattolici di Europa. Varii conati si fecero per restituire tali beni al commercio, e sono gloriosi nella storia del diritto i nomi del Ministro Tanucci a Napoli, e del Principe Leopoldo I in Toscana, ma vi potè giungere con la sua forza la Rivoluzione Francese, la quale poi apportò la sua influenza in Italia (1).

Vedutosi così in che consistono le persone giuridiche, quale precisamente sia per esse il subbietto di diritto, quali sieno i requisiti che debbono concorrere per la loro esistenza, quali ne sieno le specie, e quali i principii comuni a tutte, dobbiamo passare all'esame di ciascuna delle specie medesime.

I.

Corporazione (*universitas*)

§ 118. La corporazione, che, come abbiamo detto, vien chiamata *universitas*, ed anche *corpus*, *collegium*, *ordo*, è un' associazione di più persone pel conseguimento di uno scopo comune, ed elevato a persona giuridica.

Le più importanti corporazioni erano i comuni (cioè municipii, città libere ecc., vedi § 89) e le borgate e le ville che vi rien-

(1) Restaurato il così detto *diritto divino* nel 1815, risorse la manomorta ecclesiastica, la quale venne anche una volta battuta dopo la inaugurazione della nuova èra di libertà e della unificazione d'Italia nel 1860. Spesso si sente parlare di *manomorta*, onde è bene conoscere in che questa consista.

La parola *manomorta* è propria del feudalismo, ed indicò in origine la *taglia* che si pagava o da'coloni per render pienamente liberi se stessi nel disporre delle loro cose, o da'proprietarii de'fondi per liberarli dalla soggezione del signore del feudo. Si estese poi quella parola *manomorta* ad indicare il balzello dovuto al signore medesimo pe'trapassi ereditarii. Ma perchè i Corpi morali non morivano mai, e perciò non pagavano mai balzello di trapasso quella parola fu adoperata da ultimo per indicare i Corpi morali medesimi. Quest'ultimo significato è rimasto ed è anche oggi usitato in tal senso. Laonde i beni di *manomorta* sono i beni de' Corpi morali. Ed oggi la così detta *manomorta* è ristretta a' patrimonii dello Stato, delle Provincie, de'Comuni, e degli altri Istituti di pubblica utilità.

Digitized by Google

travano; e più tardi sotto l'impero anche le provincie (vedi lo stesso § 89).

Esse erano persone giuridiche capaci di acquistare diritti, di contrarre obbligazioni, e di difendersi innanzi a'Tribunali.

Ma vi erano altre corporazioni e delle più svariate, e così corporazioni per lo scavo delle miniere e delle saline, corporazioni d'arti e mestieri, corporazioni religiose, e finanche corporazioni per assicurare decenti funerali.

§ 119. Le corporazioni sono affini alle società civili, ma ne sono essenzialmente distinte, più di tutto perchè in quelle il soggetto capace di patrimonio è un soggetto affatto distaccato da'singoli membri, e che li fa disparire al segno che son considerati come terze persone estranee, onde accade che alcun membro può esser creditore o debitore della persona giuridica in cui rientra come substrato fisico, può vantare de'diritti reali come di servitù e d'ipoteca sul patrimonio di essa ecc., mentre invece la società civile, tuttochè appaia come una nella sua totalità, pure i soggetti del patrimonio sono i membri attuali, i quali costituiscono i fattori permanentemente operanti della società medesima, onde i socii hanno diritti e doveri tra loro, senza che vi sia un diverso soggetto ideale rimpetto a cui essi stiano. Oltre di che l'associazione è persona giuridica quando è riconosciuta dalla legge, mentre la società civile non ha bisogno di alcuna ricognizione e sussiste per forza della sola convenzione (1).

§ 120. Le condizioni diverse intorno a'diritti e a'doveri, all'amministrazione, e somiglianti cose, per riguardo alle corporazioni sono stabilite dalla legge o dall'atto costitutivo della corporazione medesima. Ciò non ostante, come norma generale, e specialmente pel caso di silenzio della legge che elevi un' associazione a persona giuridica, o di silenzio dell' atto costitutivo della corporazione, si osservano le seguenti tre regole:

La prima è che per la validità delle deliberazioni è mestieri che sian convocati i socii, e che la deliberazione riunisca la maggioranza assoluta de'voti cioè almeno la metà, più uno (2).

La seconda è che per esistere corporazioni debbono riunirsi almeno tre persone fisiche, e che se n'è rimasta anche una sola, si manten-

(1) Teoria uniforme, art. 2, 1697 e seguenti Cod. civile. Le società commerciali sono ritenute come persone giuridiche, e chiamate *enti collettivi*, ma non possono all'in tutto confondersi con esse. Veggansi art. 106, 107 e seguenti codice commerciale.

(2) Teoria uniforme, argom. art. 658 e 678 cod. civ., e art. 79, 89 e 223 legge comunale e provinciale.

Digitized by Google

gono fermi in essa i diritti e i doveri della corporazione intera (1).

La terza è che il potere dispositivo è proprio dell'assemblea di tutti i membri, o dei loro rappresentanti, l'amministrativo è di una commessione a ciò designata, e il rappresentativo di un solo a ciò delegato, e che debba trattar co'terzi (2).

Le corporazioni vengono distinte in pubbliche e private. Pubbliche sono quelle che sorgono per necessità interna della esistenza della vita civile e politica: tali sarebbero i comuni e le provincie. Private son quelle che ripetono la loro esistenza dalla volontaria determinazione di più membri convenutisi insieme per uno scopo privato, o anche per uno scopo pubblico di comune utilità.

§ 121. Rimane a vedere come le corporazioni finiscono, e qual destino abbia il loro patrimonio.

Il modo comune per dar termine alla persona giuridica è la Legge, la quale, come ha dato la vita, così può toglierla a qualunque corporazione. La soppressione di un comune o di una provincia farebbe scomparire la personalità giuridica all'aggregato preso di mira, che verrebbe a compenetrarsi in altro (3).

Vi sono poi modi speciali alle sole corporazioni private, cioè:

1. Quando manchi una delle condizioni essenziali per le quali la corporazione esisteva.

2. Quando fu raggiunto, o quando è impossibile raggiungere lo scopo per lo quale la corporazione venne istituita.

3. Quando è spirato il termine, a cui fu limitata.

4. Quando manchino tutte le persone che le componevano.

5. Quando i membri in assemblea generale le dichiarino sciolte (4).

§ 122. Riguardo al patrimonio delle corporazioni disciolte è regola generale che come bene vacante spetti allo Stato, il quale però assume gli obblighi ch'eran proprii della corporazione scomparsa. Ma se si tratti di una corporazione privata che abbia uno scopo privato, e talora anche se trattisi di una corporazione privata che abbia uno scopo privato e di pubblica utilità, i membri, tuttochè non possano pretendere alla ripartizione de'beni, perchè essi non erano il soggetto di diritto della corporazione disciolta, pure possono avere una ragione creditoria su'beni vacanti, onde in tali casi o suol per-

---

(1) Oggi per costituire una corporazione bastano anche due sole persone. Veggansi gli art. 212 e 118 cod. commerciale.

(2) Teoria uniforme, argom. art. 87, 93, 102 Legge Comunale e provinciale.

(3) Teoria uniforme, art. 2 Cod. civile.

(4) Teoria uniforme, art. 600 Cod. civile, e 166 Cod. commerciale.

Digitized by Google

mettersi la ripartizione tra loro, o almeno temperare la cosa con giusta considerazione (1).

II.

Stato (*Fiscus*).

§ 123. Questo ha una doppia qualità, cioè di ente politico, e di ente giuridico.

Come ente politico è un potere sovrano il quale pe'suoi atti non assume responsabilità verso i privati, e la ragione è che agisce nell'interesse dell'universale e per necessità di ordine pubblico. Onde accade che lo Stato non incontra obblighi pe'danni di guerra, per le prevaricazioni di funzionarii pubblici ec.

Come persona giuridica è la più grande delle corporazioni, ed è investito della qualità di avere diritti ed assumere obbligazioni, e il patrimonio dello Stato ha per subbietto la personalità ideale che promana dall'aggregazione di individui che compongono lo Stato medesimo.

Lo Stato come persona giuridica agisce per mezzo de'suoi rappresentanti, ed è sottoposto alle regole del diritto e della procedura alla pari di ogni altro privato, sebbene specialmente in diritto romano avesse estesi privilegii che qui non è il luogo ricordare.

È la necessità sociale che fa sorgere e mantenere lo Stato, onde la personalità di esso non può mai perire.

III.

Pie fondazioni (*piae caussae*).

§ 124. La pia fondazione è la destinazione di un patrimonio per uno scopo che è di soccorso amorevole ad altri. La pietà comprende appunto le idee di amore e di aiuto congiunti insieme.

Tale scopo viene ad avere quattro obbietti, cioè—1. la chiesa—2. la scuola — 3. i poveri — 4. la dote. Ciascuno di essi però deve prendersi nel senso più lato; e così ad esempio una fondazione per

---

(1) In massima la teoria è uniforme, ma per le corporazioni strettamente private, i beni sono devoluti alle persone nel cui interesse vennero costituite, art. 168 Codice commerciale, e per quelle anche private in cui concorra in qualche modo l'interesse pubblico si provvede per Leggi speciali facendo ragione agl'interessi diversi che vi convergono.

Digitized by Google

belle arti rientra nell'obbietto della scuola; una pe'trovatelli rientra nell'obbietto de'poveri ec.

Codesti quattro obbietti vengono d'altro canto a delinearsi in due classi, cioè per la religione e per la utilità generale. La Chiesa rientra nella prima, le altre tre nella seconda.

Inoltre la fondazione, viene a distinguersi in pubblica e privata. È privata quando si benefica soltanto una famiglia determinata.

Destinando un patrimonio a scopi benefici, si può tenere una doppia via, cioè o si applica il patrimonio medesimo ad un ente che già esiste giuridicamente, come ad esempio ad una Chiesa, ad un Municipio, e in tal caso i beni s'impiegano all'uso prescritto e il subbietto di diritto è l'istituto cui i beni si sono applicati. O è creato un proprio soggetto giuridico indipendente cui i beni vengono destinati, ed allora esso viene ad essere il subbietto di diritto, la persona giuridica.

§ 125. Se il fondatore erige la fondazione in tempo di sua vita, deve egli stesso aver cura sia dell'impiego del patrimonio allo scopo destinato, sia per conseguire la qualità di persona giuridica al patrimonio medesimo, ma, sino a quando tale qualità non sia attribuita e non abbia preso consistenza, la personalità giuridica allo scopo designato, il fondatore può mutare di volontà e riprendere di nuovo i beni, e la ragione è che non è surto il subbietto di diritto che possa fargli contrasto. Se invece la fondazione è istituita per testamento, incombono quegli obblighi all'esecutore testamentario, e quante volte il testatore non lo abbia nominato, incombono agli eredi. È regola poi che qualora quelli cui corrono tali obblighi non se ne diano pensiero, ovvero si rifiutino, agisce lo Stato, che è sempre il supremo tutore e moderatore delle fondazioni, ovvero agisce l' autorità dalle Leggi designata. È molto disputato se una fondazione da istituirsi possa essere fatta erede in un testamento, ma si propende generalmente per l'affermativa.

Per l'amministrazione ed impiego del patrimonio esistono d'ordinario speciali prescrizioni da parte del fondatore; ma se queste manchino vi si provvede dallo Stato.

La fondazione cessa per due modi, cioè — 1. con la perdita del patrimonio che le è di substrato — 2. col suo scioglimento da parte della Legge, specialmente se è mancato lo scopo della fondazione, o se esso, in conseguenza delle mutate circostanze, è pregiudizievole al pubblico bene. In caso di scioglimento, il patrimonio ricade allo Stato come bene vacante, purchè il fondatore non ne abbia per tale evenienza diversamente disposto. Ma lo Stato che viene ad occupare i beni deve avere riguardo allo scopo prefissosi dal fondatore, e se

Digitized by Google

non può raggiungerlo, deve impiegare il patrimonio in un modo che si avvicini allo scopo medesimo (1).

IV.

Eredità giacente (*Hereditas jacens*).

§ 126. La eredità dicesi giacente quando, morto alcuno, i beni di lui restino abbandonati, e non si sappia chi è l'erede. Ne terremo discorso nella materia successoria.

Ora per diritto romano la eredità giacente era una persona giuridica come *universitas bonorum*, cioè alla universalità dei beni del defunto è attribuito un subbietto ideale riposto nella universalità medesima, nel fine di provvedere al patrimonio abbandonato finchè non si fosse avuto un erede, che, in mancanza di altri, viene ad essere lo Stato il quale è sempre successore de'beni vacanti (2).

STATO DELLE PERSONE GIURIDICHE

§ 127. Come le persone fisiche hanno uno stato personale, cioè una qualità da cui procede la loro capacità, così del pari lo hanno le persone giuridiche. Qui per rapporto allo stato bisogna aver presente quanto abbiamo detto ne' § 77 e 82.

Ma lo stato delle persone giuridiche deve essere di necessità più limitato di quello delle persone fisiche, perchè una creazione di legge non può esser posta ad eguale livello di una creazione di natura.

Or la limitazione consiste nel ridurre la capacità delle persone giuridiche a'soli diritti patrimoniali.

Bisogna intender bene la cosa. È vero che possono esservi persone giuridiche forse senza patrimonio (quali erano gli ordini religiosi mendicanti ora soppressi); ma oltre che è troppo difficile che una persona giuridica non abbia alcun bene (e quegli ordini aveano almeno la Chiesa e il giardino adiacente), è sempre certo che il diritto privato non può avere per le persone giuridiche altra considerazione

---

(1) La teoria è uniforme. Veggasi l'art. 2 Cod. civ. in correlazione della Legge sulle opere pie, e regolamento di essa. E specialmente leggansi gli art. 4, 19 a 25 della Legge medesima e l'art. 59 del Regolamento.

(2) Per Codice civile non si riconosce personalità giuridica nella eredità giacente pel novello principio che il *morto impossessa il vivo*. Ne parleremo nelle successioni. Per forza di tale principio, subito dopo la morte del defunto subentrano i diritti di altre persone sulla eredità, quantunque si facciano valere soltanto di poi, per lo che non esiste intervallo durante il quale la eredità possa avere un subbietto di diritto ideale e fittizio.

Digitized by Google

che per riguardo a'beni. Di modo che tutto ciò che esce dall'orbita de'beni, esce da quella del diritto privato.

Vero è pure che si può disputare della esistenza stessa di una persona giuridica, ma in tal caso non è quistione di capacità, sibbene della qualità che dà la veste di persona a chi non l'ha per natura, e nella disputa della qualità non ha sola parte l'interesse privato ma anche e molto più l'interesse pubblico, come abbiamo detto al § 83, onde il diritto privato agisce da solo e trova il suo proprio campo soltanto ne'beni.

§ 128. Fissato perciò il principio di diritto che la capacità delle persone giuridiche è limitata a'beni, è a conoscere che tale capacità non è per tutti i rapporti di diritto di cui pe' beni è capace una persona fisica, ma è sempre ristretta allo scopo cui la persona giuridica è diretta. Vi sono poi altre restrizioni diverse e specialmente sulla capacità di accettare le eredità e le donazioni, senza speciale concessione. La ragione è che le persone fisiche nascono co' loro diritti e non possono pe' bisogni che le accompagnano apportare inciampo al regolare ed ordinario movimento economico, mentre per essere giuridica la persona non deve l'ente contrastare ma deve invece armonizzare con l'andamento sociale, nè dev' esser causa di ristagno e di cumulo sproporzionato di beni presso alcun ente, perchè si arrecherebbe danno all'economia nazionale per la preponderanza dell'interesse de'corpi morali su quelli delle famiglie (1).

---

(1) La teoria è identica. Le persone giuridiche godono de'diritti civili, art. 2 Cod. civile, ma non de'diritti di famiglia, e ciò è tanto vero per quanto la tutela de'trovatelli non è deferita all'Ospizio, ma a quello che sarà eletto dagli amministratori i quali formano il Consiglio di tutela, art. 262 Cod. civile. I beni delle persone giuridiche appartengono ad esse in quanto le Leggi loro riconoscano la capacità di acquistare e di possedere, art. 433 Cod. civile; e non si possono alienare senza la osservanza delle norme diverse dalla Legge stabilite, art. 434 Cod. civile, art. 137 e 192 Legge Comunale e provinciale, e art. 13, 14, e 15 Legge sulle opere pie. È poi necessaria l'autorizzazione del Governo perchè le persone giuridiche possano accettare eredità o donazioni, art. 932 e 1060 Cod. civile.

Digitized by Google

DIRITTI DI FAMIGLIA

§ 129. Fin qui noi abbiamo considerato l'uomo qual'è nel suo stato, ed ora dobbiamo vederlo nel completamento della sua personalità cioè co'rapporti di famiglia. Egli non ci si presenta più soltanto come uomo, ma come sposo, come genitore, come figlio.

La materia delle relazioni di famiglia è data dalla natura organica dell'uomo e porta l'impronta della necessità.

Nella famiglia si riuniscono tre elementi inseparabili, cioè il naturale, il morale, e il legale.

Il bruto e l'uomo sentono per natura l'istinto della riproduzione, ma per morale questo elemento è nobilitato e innalzato all'altezza degli altri elementi costitutivi dell'uomo, co'quali viene ad associarsi; e per legge la società coniugale, ch'è guardata a codesto alto livello, vien regolata per soddisfare all'ordine delle famiglie e delle posterità.

Il bruto e l'uomo sentono per natura tutto l'amore per la prole, ma per morale questo elemento si eleva ad un potere che si estende all'indirizzo educativo e alla protezione del figlio, e al dovere corrispondente che questi ha di ossequio e di riverenza, e per legge son designate le norme e i confini e del potere e del dovere.

Mancati i genitori, la necessità della educazione e della protezione de'figli deboli per età sussiste sempre, e a tale necessità si supplisce col surrogato della tutela.

Ecco come il matrimonio, la patria potestà, e la tutela costituiscono i così detti diritti di famiglia. Con essi viene completata la umana personalità, secondochè abbiam detto a'§§ 94 e 95. L'insieme de'rapporti che informano que'tre istituti prendono il nome medesimo del principio che li riunisce, che è quello della famiglia.

Alcuni vorrebbero comprendere la *parentela* (civile o naturale che sia, e per le quali veggasi il § 94) tra i diritti di famiglia, ma essa è un rapporto meno preciso fra tutti, perchè è suscettibile di una continuazione indefinita di gradi, ed è poco importante per la ragione che i parenti sono governati come tali dal principio della reciprocità de'diritti, di cui parleremo a proprio luogo. Onde noi seguendo la gran maggioranza degli scrittori non ve la comprenderemo.

§ 130. I diritti di famiglia, così ridotti al matrimonio, alla patria potestà, e alla tutela, vengono a riannodarsi a due principî di tipo del tutto romano.

Digitized by Google

Il primo è la potestà di carattere politico che il padre di famiglia avea su'figli e mediante la *manus maritalis* sulla moglie, potestà che si accentuava per doppio aspetto nella tutela, e per la facoltà che il padre avea di nominare il tutore testamentario, e per la forza che la legge dava all'autorità del tutore il quale veniva a surrogare il padre.

Il secondo è il vincolo agnatizio che si manteneva intatto da padre a figlio, che prendeva vigore sulla moglie per la *manus maritalis*, e che si estendeva alla tutela legittima.

§ 131. Comunque vogliano considerarsi i diritti di famiglia, cioè o per vincolo agnatizio, o per vincolo di sangue, è sempre certo che la origine della famiglia sta nel matrimonio, che dal matrimonio deriva la patria potestà, e che la mancanza di questa fa sorgere la tutela (1).

Onde noi con tal ordine ne verremo trattando.

MATRIMONIO

§ 132. Già nel § 129 abbiam cennato i rapporti diversi che concorrono nel matrimonio, ma qui dobbiamo precisarne meglio le idee.

Che nel matrimonio si abbiano rapporti naturali, morali e legali, lo abbiamo già detto innanzi. Ma i legali sono di doppio ordine, per riguardo cioè alle persone de'coniugi, e per riguardo a'beni. Inoltre pe'credenti vi è pure un quarto rapporto, ch'è il religioso. Cosicchè i rapporti sono: 1 naturali — 2 morali — 3 legali personali—4 legali pecuniarii—5 religiosi.

Naturali, per lo stabile congiungimento dei due sessi, seguendo non solo l'istinto della procreazione, ma anche quello della socialità cui l'uomo per natura è chiamato.

Morali, per l'unione di due anime che si propongono di dividere insieme la prospera e l avversa fortuna durante la loro vita mortale, e di allietarsi ed allietar la patria con la presenza de'figliuoli.

Legali personali, per soddisfare all'ordine delle famiglie e delle posterità, conformando le nozze alla decenza ed al pubblico bene, e determinandone gli effetti così tra i coniugi, come tra essi e la prole comune.

---

(1) La teoria è uniforme per Codice civile, ma non son ritenuti i due principii di tipo tutto romano. Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

Legali pecuniarii, per regolare il concorso dei beni comuni nei pesi della società coniugale.

Religiosi, perchè con la procreazione e con la educazione dei figli si provvegga alla perpetuazione ed allo sviluppo intellettivo dell' umana specie, tale essendo pe' credenti il disegno dell' essere supremo.

Onde si scorge che in ogni tempo presso tutti i popoli la semplicità del diritto naturale andò nel matrimonio congiunta con le sanzioni positive dei legislatori civili, e coi riti religiosi, pei quali s'invoca la benedizione della divinità.

Con tanti rapporti e così svariati che concentransi nel matrimonio, la società coniugale è la più intima, è la più compiuta.

Da ciò vedesi quanto è bella la definizione che il giureconsulto Modestino dà del matrimonio, e come egli lo consideri nella sua vera essenza, cioè nella comunione assoluta della vita tra uomo e donna, senza riguardi a fini passeggieri. — *Conjunctio maris et foeminae* (rapporto naturale) *consortium omnis vitae* (rapporto morale e legale personale) *divini et humani juris communicatio* (rapporto religioso e legale pecuniario). Fr. 1? *De ritu nuptiarum* 23, 2.

§ 133. A noi spetta esaminare il solo rapporto legale.

Due sono i fini principali del matrimonio, cioè la procreazione ed educazione dei figliuoli, e lo scambievole aiuto tra coniugi. E codesti due fini son promossi e tutelati in modo eminente da qualunque legislazione, sia per riguardo alle persone stesse dei coniugi, sia per riguardo ai loro beni (1).

Va dunque divisa la materia in quei due punti, cioè in considerazione del rapporto personale e del rapporto pecuniario,

RAPPORTO PERSONALE NEL MATRIMONIO

§ 134. Ogni legge è così vigile per questo argomento tanto delicato, che non provvede soltanto pel tempo in cui dura il matrimonio, ma estende anche le sue cure al tempo che lo precede ed a quello che lo segue.

Tempo precedente

§ 135. Per riguardo al tempo precedente si deve por mente a tre cose, cioè agli sponsali, alle pubblicazioni, ed alle opposizioni.

---

(1) La teoria per Codice civile è identica, ma non si ha riguardo per la validità delle nozze alla considerazione religiosa per la divisione dello Stato dalla Chiesa. I riti religiosi sono abbandonati alla fede de'credenti. Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

1. *Sponsali.* — Gli sponsali sono definiti dal giureconsulto Fiorentino — *Mentio et repromissio futurarum nuptiarum.* Fr. 1. *De sponsalibus* 23. 1. Si riducono ad una scambievole promessa di matrimonio futuro, onde la parola *sponsus*, *sponsa* da *spondere* promettere.

I principii di diritto per riguardo agli sponsalì sono tre:

Il primo è la necessità del consenso degli sposi e del padre di essi, ovvero del tutore se alcuno degli sposi è sotto tutela, poichè gli sponsali risentono della natura contrattuale (1). Le regole relative saranno sviluppate or ora parlando del consenso come fondamento del matrimonio.

Il secondo è che per potersi fare sponsali non vi debbono essere impedimenti alle nozze, discorrendo delle quali noi ne tratteremo, avvertendo soltanto che agli sponsali non eran comuni i due impedimenti derivanti — 1. dall'età, purchè gli sposi avessero avuto un sufficiente sviluppo d'intelligenza — 2. dal divieto fatto al pubblico funzionario di prendere in moglie una donna della provincia in cui ha l'ufficio (2).

Il terzo è che dagli sponsali non nasce azione per contrarre matrimonio. La ragione sta nell'omaggio che si deve alla libertà umana in atto di tanto momento, qual'è quello delle giuste nozze (3).

Bisogna però negli sponsali considerar le conseguenze nel caso che le nozze non si facciano. Tali conseguenze sono di quattro ordini — *a)* per le clausole penali — *b)* pe' danni ineressi — *c)* per le caparre che si fossero date — *d)* pe' doni che si fossero fatti.

a) Le clausole penali non hanno valore, benchè siensi pattuite. Con esse si potrebbe facilmente costringere alcuno ad un matrimonio, di cui non fosse più contento dopo fatta la promessa, ond'è necessario non darvi sanzione (4).

b) I danni interessi non debbono prestarsi perchè possono pure costituire un mezzo indiretto per costringere alcuno alle nozze. D'altro canto presso i Romani per l'uso delle caparre e de' doni, i danni interessi reali consistevano precisamente nel perdere i doni, e nel perdere o raddoppiare le caparre (5).

---

(1) Teoria uniforme, ed il minore dev'essere autorizzato dalle persone il concorso delle quali è necessario per la celebrazione del matrimonio, art. 55, 54. 73 e 74.

(2) Questo secondo principio è anche uniforme, senza che vi siano eccezioni, argom. art. 54, 70, 73, 79, 82 a 90.

(3) Teoria uniforme, art. 53.

(4) Teoria uniforme, art. 53.

(5) Oggi, non essendo generalmente più in uso le caparre negli sponsali, chi ricusa di eseguire la promessa senza giusto motivo, è obbligato di risarcire l'altra parte delle spese fatte per causa del promesso matrimonio. Ma si avverta

Digitized by Google

c) Per riguardo alle caparre si seguì il comune diritto delle *arrhae* ordinarie, di cui si parlerà nella materia contrattuale, dopo che venne abolito il *jus singulare* che era prima per esse stabilito (1).

d) In quanto a' doni che soglionsi fare tra loro gli sposi, si aveano per irrevocabili, se pure non si fosse pattuito che *nuptiis non secutis*, *res auferatur*. Di poi si volle sempre sottointesa la clausola — *si nuptiae sequantur* — di modo che i doni si restituivano, ma era negata la facoltà di ripetere a quello tra gli sposi che per colpa o capriccio avesse impedito le nozze. Se queste poi non faeevansi per la morte di uno degli sposi, la regola era che i doni dati dalla sposa allo sposo si restituivano, e i doni dati dallo sposo alla sposa si restituivano del pari *non interveniente osculo*, ma si rendevano a metà *osculo interveniente*. Un bacio alla sposa nel momento degli sponsali costava la metà de' doni dello sposo, se la morte impediva la loro unione (2).

§ 136. 2. *Pubblicazioni*—Queste furono invenzione del Diritto Canonico dopo che il Clero s'impossessò degli atti dello stato civile, secondochè abbiamo detto al § 114. Le pubblicazioni eran dirette ad impedire matrimonii pe' quali v'è divieto della legge. Esse si faceano in Chiesa, e ne'giorni di festa (3).

3. *Opposizioni* — Anche il Diritto Canonico le inventò, in correlazione delle pubblicazioni, perchè come queste tendono a trovare

---

che la promessa dev'essere in iscritto, dev'essere fatta da chi è maggiore di età od anche da chi è minore ma che sia autorizzato dalle persone il cui concorso è necessario per la celebrazione del matrimonio, e che la domanda dev' esser fatta fra un anno dal giorno in cui la promessa dovea essere eseguita, art. 54.

(1) Oggi sono rari i luoghi ne' quali si costumano le caparre negli sponsali, ma pure ve ne sono, come ad esempio è in qualche punto delle Marche. Intervenendo caparra, si applica per analogia la teoria relativa racchiusa nell'art. 1217.

(2) Per le donazioni, se non se n'è fatto atto pubblico, e, come ordinariamente accade, si tratti di mobili, si sta alla teoria de' doni manuali, de' quali discorreremo alle donazioni.

La donazione mauuale regge quando vi è il possesso legittimo del donatario e si riuniscano gli altri caratteri voluti dalla Legge, e tal donazione può esser fatta puramente e semplicemente e sotto condizione.

Or se la donazione manuale tra sposi si è fatta sotto la condizione che le nozze seguano, ovvero sotto la condizione che chi recede capricciosamente perde il dono fatto o debba restituire quello avuto, la condizione ha il suo valore legale. E si avverta che la condizione medesima può essere espressa, ed anche sotto intesa per l'uso costante locale, cui le parti ebbero intenzione di rimettersi.

Ovvero il dono manuale si è fatto puramente e semplicemente, e il dono resterà fermo. Art. 707, 1050, 1065, 1066, 1067 e 1068.

(3) Il Codice civile, seguendo il Diritto Canonico, prescrive le pubblicazioni da farsi per cura dell'uffiziale dello stato civile, e per esse vegganst gli articoli 70 ad 81.

Digitized by Google

gl' impedimenti, così quelle tendono a farli valere. Il giudizio si trattava innanzi a' Tribunali Ecclesiastici (1).

Tempo concomitante.

§ 137. Sotto quattro aspetti il matrimonio dev'essere considerato in questo tempo, cioè — 1 per l'indole — 2 per gl'impedimenti—3 per gli effetti — 4 per lo scioglimento.

INDOLE DEL MATRIMONIO.

§ 138. I romani considerarono il matrimonio come un atto privato, senza bisogno d'intervento dell'autorità sociale. Onde non lo vediamo soggetto per la sua essenza ad alcuna solennità. L'unica cosa che si ricercava era il consenso in quella perfetta e compiuta unione che costituisce la società coniugale, consenso che bellamente i Giureconsulti chiamavano *maritalis affectio*. E nella realtà l'affetto più sentito è quello che stringe i conjugi, perciocchè rende ad essi comuni financo le gioie e i dolori della vita.

Ben è vero che talvolta formavasi qualche atto dimostrante il seguìto matrimonio, e che chiamavasi *instrumentum ad probationem matrimonii factum*, ma codesto era un mezzo di prova scritta di cui potea farsi a meno, perchè bastava la semplice testimonianza altrui come quella dei vicini e degli amici — *vicinis vel aliis scientibus, amicorum fide firmatur*. L. 9 e 22 C. *de nuptiis* 5. 4.

Il matrimonio quindi, come ogni altro atto privato, era un contratto, e risentiva de' contratti reali per la tradizione della moglie nelle mani del marito, tradizione che si avea tostochè la moglie avesse dato il consenso, e fosse stata condotta o altrimenti consegnata al marito — *statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit: nuptias enim non concubitus sed consensus facit*. Fr. 15 *de conditionibns et demonstrationibus* 35. 1.

Ecco perchè la donna assente non potea contrarre matrimonio per lettera o per messaggio, e il marito lo potea, *Vir absens uxorem ducere potest, foemina absens nubere non potest*. Paulli sententiae 2, 19, 8. Per la moglie era necessario che concorressero il consenso e la tradizione, cioè ch'ella si trovasse dappresso al marito, essendovi nel matrimonio qualche cosa di reale (2).

(1) Anche le opposizioni sono riconosciute per Codice civile, e la competenza è de' Tribunali ordinarii. Veggansi gli art. 82 a 92 Cod. civile; art. 797 e 798, Cod. proc. civile.

(2) Oggi basta il solo consenso, e non è più necessaria la tradizione per la validità delle nozze, perchè non vi è bisogno di un atto esterno materiale dal momento che il consenso deve esprimersi solennemente innanzi al sindaco che

Digitized by Google

§ 139. Vedutasi la necessità del consenso degli sposi per potervi essere matrimonio, è mestieri soffermarvisi.

Il consenso è definito — *actus voluntatis, quo rem, cujus bonitatem intellectus comprehendit, adprobat, ad eamque consequendam fertur*. Cioè è un atto volitivo per lo quale l'uomo si compiace dell'obbietto della cui bontà ha avuto percezione, e tende a conseguirlo. Il consenso perciò deve riunire i requisiti proprii della facoltà mentale, cioè la intelligenza e la volontà.

è il primo cittadino del Comune. Questi con la sua presenza dà una impronta sociale al matrimonio, il quale perciò non può più considerarsi come un atto privato, ma costituisce invece il più importante tra gli atti pubblici, e al segno che non si ammette procura per celebrarlo, e debbono gli sposi intervenirvi personalmente. Art. 93 a 99 e 383.

Inoltre la celebrazione del matrimonio è oggi ritenuta per cosa di tanto momento , per quanto il Legislatore non ha creduto attenersi per la prova alle sole regole stabilite per tutti gli atti dello stato civile, di cui abbiamo parlato in nota al § 114, ma ha voluto precisar delle norme proprie al solo matrimonio.

Il Codice richiede per tal prova l'atto di celebrazione estratto da'registri dello stato civile, e non crede sufficiente il possesso di stato della qualità di marito e di moglie art. 117 e 118. Il *possesso di stato* è costituito dal *nomen, tractatus, fama*, cioè che la donna abbia portato il nome di moglie di quello che si dice essere stato suo marito, e come tale sia stata trattata; che l'uomo alla sua volta abbia portato il nome di marito di lei; e che come marito e mog[lie] sieno stati riconosciuti nelle loro rispettive famiglie e nella società.

La durezza della Legge nel richiedere l'atto di celebrazione del matrimonio si spiega da che con la sola prova del possesso di stato si sarebbe favorito il concubinato, nel senso che questo potea facilmente prendere aspetto di matrimonio. D'altro canto i coniugi debbono ricordare dove le loro nozze son seguite, ed è facile per loro avere quell'atto.

Si fa eccezione a tale regola in tre casi, cioè — 1. quando non sieno stati tenuti o siensi distrutti o smarriti gli atti dello stato civile, e allora si ammettono documenti, scritture, e testimoni, art. 117 e 364—2. quando vi sieno indizii che, per dolo o colpa dell'uffiziale dello stato civile, il matrimonio non sia stato iscritto su'registri, e in tal caso può anche ammettersi la prova per titoli o testimoni se i coniugi abbiano un conforme possesso di stato, e presentino gli estratti delle seguite pubblicazioni, art. 121 — 3. quando la prova della celebrazione del matrimonio risulti da sentenza penale, come ad esempio da sentenza di condanna per sottrazione de'registri dello stato civile ove l'atto di matrimonio si conteneva art. 122.

Tutto ciò è pe'coniugi e pe'terzi.

Ma pe' figli, la legge permette che essi possano provare il matrimonio dei loro genitori mediante il possesso di stato che questi abbiano avuto come marito e moglie, e il possesso di stato che i figli medesimi abbiano avuto della loro legittimità, la quale sia in correlazione del loro atto di nascita, sempre quando però i genitori sieno morti, art. 120 La ragione per la quale il Codice è stato largo verso i figliuoli, è che essi possono bene ignorare dove i loro genitori celebrarono il matrimonio, e non trovarsi perciò in grado di esibirne l'atto corrispondente.

Digitized by Google

Di che segue che se tali requisiti manchino, non vi è assolutamente consenso alcuno, e il matrimonio è nullo. Onde nullo sarebbe il matrimonio, quando, ad esempio, uno degli sposi fosse matto (1).

Il matrimonio appunto pel consenso degli sposi risente della natura contrattuale. E come ne' contratti o non esiste consenso e perciò il contratto non regge, ovvero il consenso esiste ma è viziato dall'errore, dal dolo, e dalla violenza, e perciò il contratto è annullabile; così del pari nel matrimonio se consenso non esiste, non vi sarà matrimonio, e se esiste, ma è viziato dall'errore, dal dolo, o dalla violenza, il matrimonio sarà annnullabile.

Consenso non vi sarà nel matrimonio quando gli sposi non si sono incontrati nell'*idem placitum*. Così se Pietro credea sposar Maria, e invece ha sposato Lucia, le volontà non si sono incontrate, e il matrimonio è assolutamente nullo e inesistente. In questo caso l'errore è tale che fa perdere al matrimonio i requisiti necessarii per la sua stessa esistenza, mancando del tutto il consenso nella unione all'altra persona, *quia in corpore dissentiunt*.

§ 140. Ma le difficoltà son gravi quando si tratti de' vizii del consenso, cioè dell'errore non della persona ma delle qualità di essa, ovvero quando si tratti di dolo o di violenza.

Bisogna formarsene una idea netta.

Del dolo non è a parlare, dappoichè o questo consiste nel raggiro che ingenera l'errore, ed allora rientra nell'errore; ovvero consiste nella forza, e allora rientra nella violenza. In altri termini, può esservi errore senza che dipenda dal raggiro: e può esservi errore che derivi dal raggiro: nel primo casò vi sarà errore, e nel secondo vi sarà dolo. Ma è sempre l'errore quello che offende l'intelligenza, e perciò agisce sulla volontà, onde ci basta parlar del solo errore. Nella violenza poi va sempre unito il dolo esplicatosi con la forza e non con la frode, e perciò ci basta parlare della sola violenza.

§ 141. L'errore allora renderà annullabile il matrimonio quando versi sulle qualità della persona. Ma tali qualità non debbono esser quelle secondarie o accidentali, e che sono suscettibili di più o di meno, come la ricchezza, l'onestà, la salute ec. perciocchè per esse è facile investigare e sogliono dagli sposi farsi investigazioni prima

(1) Teoria uniforme — art. ed arg. art. 61, 112 e 336. Anzi il Codice civile vieta all'interdetto per infermità di mente di contrarre matrimonio, e dispone che se l'istanza d'interdizione è soltanto promossa, si sospenderà la celebrazione del matrimonio finchè l'autorità giudiziaria non abbia definitivamente pronunciato art. 61. Dichiara poi chi possa impugnare un matrimonie somigliante, e vieta l'annullamento se la coabitazione degli sposi continuò per tre mesi dopo rivocata la interdizione, art. 112.

Digitized by Google

del matrimonio, e chi si è fatto ingannare, peggio per lui. Invece le qualità personali che possono menare all'annullabilità del matrimonio sono quelle la cui esistenza va sempre supposta, e la cui mancanza è tale che la persona non si sarebbe sposata se si fosse saputo che ella n'era priva — Un celebre canonista ha formulato tale idea a questo modo. *Error circa qualitatem dicitur redundare in personam quando animus contrahentis sic fertur in certam qualitatem ut implicite nolit personam, si ipsi desit qualitas in qua errat.* Tali qualità debbono senz' altro presentare il carattere di non essere suscettibili di più o di meno.

Ma quali precisamente sono codeste qualità?

Per diritto Romano erano due, cioè lo stato di libertà, e la facoltà di generare.

Se uno libero sposa una schiava credendola libera, il matrimonio è nullo per errore. Del pari sarebbe anche nullo il matrimonio di una donna che sposasse un galeotto fuggito dal bagno, e che ella credea libero. Il caso è analogo all' altro, perchè il condannato *ad metalla*, alle galere, come oggi si dice, è schiavo della pena, e con lui non è possibile coabitare. Sarebbe anche nullo il matrimonio se l'errore cadesse sulla libertà vincolata da voto religioso. Una giovinetta sposa un uomo che crede libero, ma egli è un frate, e può fare sciogliere il matrimonio per errore. È analogo il caso al primo figurato da Giustiniano pel matrimonio con la schiava. Quando l'errore cade sulla libertà del conjuge, il matrimonio è annullabile perchè la libertà de' conjugi è qualità essenziale pel matrimonio, ed altronde è qualità che si suppone senza che se ne faccia indagine (1).

La seconda qualità essenziale è la facoltà di generare sia nell'uomo che nella donna, perciocchè ne' matrimonii non è lecito fare e non si fanno codeste indagini, e intanto non essendovi quella facoltà in uno degli sposi, mancherebbe nella loro unione il fine principale dei matrimonio qual'è quello della procreazione de' figli. La impotenza per altro deve essere precedente al matrimonio, mentre, se invece sopraggiunga di poi, si ha un caso, e bisogna soffrirlo (2).

§ 142. In quanto poi alla violenza, è necessario che il timore del male minacciato sia grave, presente, e contrario a' buoni costumi.

Grave, cioè tale da scuotere il violentato, e dargli una coazione nel consenso.

Presente, cioè il timore deve essere presente (*metus praesens*) per

---

(1) Teoria uniforme, art. 105. Ma non si può più proporre la nullità per errore se, dopo conosciuto, vi fu coabitazione continuata per un mese, art. 106.

(2) Teoria uniforme, art. 107.

Digitized by Google

un male sia presente, sia futuro (*instantis vel futuri periculi causa*).
Contrario a'buoni costumi (*adversus bonos mores*), cioè che la violenza sia ingiusta. Così, se alcuno che ha abusato di una fanciulla si sia determinato a sposarla pel timore del carcere dopo che gli è stato spiccato mandato di arresto, egli non sarebbe ammesso a dimandare la nullità del matrimonio per violenza, perchè il mandato di arresto era un mezzo giusto, e non una violenza *adversus bonos mores* (1).

§ 143. Oltre al consenso degli sposi, era necessario il consenso di coloro sotto la cui potestà gli sposi si trovavano. Che se lo sposo avesse avuto il padre e l'avo, era necessario il consenso di tutti e due costoro, ma se li avesse avuti la sposa bastava il solo consenso dell'avo. La ragione della differenza è che se l'avo esercitava la patria potestà in famiglia, il padre era interessato alla sua posterità *ne ei invito suus heres agnascatur*, ond'era d'uopo che consentisse anch'egli laddove prendesse moglie il figlio. Ma se si maritava la figlia, mancava nel padre codesto interesse perchè ella andava a formar parte di altra famiglia.

Non essendovi tale consenso, il matrimonio era nullo, se pur non fosse stato ratificato da quelli che avrebbero dovuto darlo.

E se essi vi si fossero rifiutati capricciosamente, ovvero si fossero trovati nella impossibilità di consentire, il consenso si dava da Magistrati all'uopo designati.

Si avverta intanto che il consenso di coloro che esercitavano la patria potestà era richiesto pel principio rigoroso che informava la patria potestà romana, la quale dominava compiutamente la famiglia civile; e ciò è sì vero per quanto i figli in qualunque età si trovassero doveano ottenere quel consenso per le nozze (2).

---

(1) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 105 e 1112. Ma non si può proporre la domanda di nullità del matrimonio per violenza, se, dopo che il conjuge ha riacquistato la sua libertà, vi fu coabitazione continuata per un mese con l'altro conjuge, art. 106.

(2) Per Codice civile è necessario il consenso de' genitori, e in loro mancanza o impedimento il consenso degli avi, e in difetto di questi del Consiglio di famiglia. Ma tale necessità dura fino a' 25 anni pe' maschi, e fino a' 21 per le femine, importando per queste di non perdere l'occasione che possa presentarsi favorevole pel loro collocamento, art. 63, 64 e 65. Il limite dell'età rivela nettamente la differenza di principio per lo quale è oggi richiesto il consenso dei genitori, essendosi voluto confidare a costoro un ufficio di direzione per un atto così grave, in grazia della loro esperienza e dell' affetto che sentono pe' figli. Contro l' ingiusto rifiuto di essi si può fare ricorso alla Corte di appello, la quale vi provvede, art. 67. Mancando il consenso de' genitori o degli

Digitized by Google

§ 144. Del rimanente il matrimonio de' romani era monogamico, cioè era vietata la poligamia e la poliandria, perchè il matrimonio vuole unità pel bene morale, pel bene fisico, per l'armonia domestica, pel bene de' figliuoli, e per la certezza della prole (1).

§ 145. In diritto romano facevansi due divisioni del matrimonio, cioè — 1. *matrimonium justum* e *matrimonium juris gentium*—2 *matrimonium cum manu*, e *matrimonium sine manu*.

Riguardo alla prima divisione è a conoscere che il giusto matrimonio era quello contratto tra cittadini romani, e che produceva tutti gli effetti civili, e specialmente l'effetto capitale della patria potestà, di carattere quiritario e proprio del solo popolo romano. Il matrimonio *juris gentium* era per gli stranieri, i quali venivan governati con la semplicità del diritto naturale, da cui emanavano pure effetti importanti, come ad esempio quello del — *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*—di cui parleremo a proprio luogo. Talvolta però per speciale concessione il matrimonio tra stranieri o tra cittadini e stranieri si riteneva come giusto matrimonio (2).

§ 146. Più rilevante era l'altra divisione di matrimonio *cum manu et sine manu*. *Manus* presso i Romani significava potere, autorità, e la frase *cum manu* nel matrimonio deve intendersi per quella specie di potestà quiritaria che competeva al marito sulla moglie, la quale passava all'intutto e per la sua persona e pe' suoi beni sotto l'autorità del marito, di cui era considerata come figlia, entrava a far parte della famiglia civile di lui, disciogliendosi il nesso agnatizio con la famiglia civile donde ella usciva. Il matrimonio fatto *sine manu* faceva rimanere la moglie sotto la potestà del padre suo, e, quante volte fosse stata *sui juris*, ella restava sotto la tutela degli agnati suoi, cioè nella sua famiglia civile, senza partecipare all'agnazione del marito. Vero è che ella avea sempre una dipendenza verso il marito, come diremo fra gli effetti del matrimonio, ma l'autorità del marito non era punto quella della *manus*, e i beni di lei non passava-

---

altri innanzi cennati, il matrimonio è nullo, se pure non vi sia ratifica espressa o tacita delle persone che avrebbero dovuto consentire, o non siano corse brevi prescrizioni stabilite dalla legge, art. 108 e 109. Intanto si è riconosciuta una preminenza al padre, essendo sufficiente il solo consenso di lui laddove vi discordi la madre, art. 63. E si è ritenuto pe' figli adottivi il principio romano *ne invito suus heres agnascatur*, perchè pel matrimonio di essi è necessario non solo il consenso de' genitori, ma anche quello dell'adottante, art. 63.

(1) La teoria è uniforme per Codice civile, ed è nullo il matrimonio contratto da chi è vincolato da un precedente matrimonio, art. 56, 104, 113, 114 e 115.

(2) Per Codice civile gli stranieri godono i diritti civili, come abbiamo detto in nota al § 63. Ma pel loro matrimonio vi sono norme speciali negli art. 100 e 103 per armonizzare la teoria col diritto internazionale privato e col diritto pubblico interno.

Digitized by Google

no nel dominio di lui, invece ella ne restava padrona, a meno che se li avesse costituiti in dote, nel quale caso il marito se li toglieva con l'obbligo della restituzione a matrimonio sciolto, come diremo nel sistema dotale.

Ora per tre modi il matrimonio era fatto *cum manu*, cioè con la *confarreatio*, con la *coemptio*, e con l'*usus*. Se non fosse intervenuto alcuno di tali modi, il matrimonio era libero, *sine manu*.

Codesti tre modi aveano caratteri diversi, perciocchè la *confarreatio* risentiva del carattere religioso, la *coemptio* del carattere civile, e l'*usus* di nessuno dei due.

Spieghiamoci meglio.

Nel matrimonio con la *confarreatio* interveniva il gran pontefice, il quale consacrava le nozze con formole solenni e sagrificando una focaccia di farina chiamata *farreum*. Codesta cerimonia facevasi specialmente perchè talune categorie di sacerdoti doveano scegliersi tra coloro che fossero nati da nozze confarreate.

Nel matrimonio con la *coemptio* si adoperava invece una forma tutta civile, cioè quella simbolica della vendita. Si fingeva che la donna fosse venduta dal padre o dal tutore al marito mediante la *mancipatio*, cioè in presenza del libripende, di cinque testimoni ecc.

Nel matrimonio con l'*usus* mancavano e solennità religiose e forme civili, ma si applicava la teoria della usucapione. Come il possesso dei beni si cambiava in proprietà mediante la *usucapio non interrupta*, così il possesso che il marito avea della moglie per un anno intero si convertiva nel potere della *manus* su di lei, potere somigliante a quello che provveniva dalla *confarreatio* e dalla *coemptio*. E nella stessa guisa che il possesso si poteva interrompere, così poteva pure interrompersi il possesso che il marito avea della moglie quante volte si fosse questa allontanata da lui per tre notti.

Ma col progresso del tempo caddero in desuetudine prima l'*usus*, poi la *coemptio*, e da ultimo anche la *confarreatio*, ed ai tempi di Giustiniano la *manus* maritale non più esisteva, tutti i matrimonii erano liberi, e non vi erano forme solenni.

§ 147. Per altro già il Cristianesimo avea spiegato la sua influenza, e la Chiesa, la quale avea elevato il matrimonio a sacramento, benediceva le nozze — Tale benedizione però fino a'tempi di Giustiniano non fu necessaria per la validità di esse, e inoltratosi di più il medio evo, ed avendo la Chiesa preso maggior forza, venne quasi da per tutto ritenuto che il matrimonio fosse valido *sollemnitate adhibita et benedictione sacerdotali*. E il Concilio di Trento vietò poi i matrimonii clandestini, cioè quelli contratti senza la presenza del Parroco, o di altro sacerdote dal Parroco o dal Vescovo autorizzato,

Digitized by Google

e senza la presenza di due testimoni — Onde si ebbero le tre solennità necessarie alla validità della celebrazione del matrimonio, cioè la presenza dell'Autorità ecclesiastica che dovea benedire le nozze, la competenza di tale autorità, e la presenza dei testimoni (1).

§ 148. Se non che analogo al matrimonio, ma molto differente da esso era il concubinato, ed a bene intendere in che consisteva, e come ebbe origine, bisogna spianarci la via ricordando un periodo storico nel quale si ebbe la famosa Legge Giulia Papia Poppea.

A'tempi ultimi della Repubblica Romana la corruttela de'costumi avea raggiunto un alto grado — I divorzii erano frequentissimi—Le famiglie vedevansi spopolate, sia perchè piaceva la vita libera senza il peso coniugale e il vedersi circondato da cortigiani e adulatori che appetivano le eredità, sia perchè le proscrizioni e le guerre civili aveano lasciato grandi vuoti — Si giunse al punto che dovè per legge combinarsi un sistema di pene e di premii per eccitare i cittadini alle nozze.

Fu l'Imperatore Augusto che cercò dapprima porre un riparo ai danni che si deploravano proponendo la *Lex Julia de maritandis ordinibus*, ma trovò ostacolo ne'Comizii, e potè riproporla e vederla approvata dopo un lungo tempo, cioè dopo venti anni — Ad essa tenne dietro la *Lex Papia et Poppea*, proposta da' Consoli *M. Papius Matilus*, e *Q. Poppeus secundus*, nella quale venne rifusa la legge precedente, e formata in modo da presentare un sol tutto. Ond' è che venne chiamata *Lex Julia et Papia Poppea*.

Tale Legge regolava il matrimonio e le materie che con esso aveano relazione, come il divorzio, la dote, il concubinato, le donazioni tra coniugi, e più che altro le successioni.

Il fine della Legge era di promuovere e premiare il matrimonio e punire il celibato.

Vennero distinti i cittadini in celibi ed ammogliati, e questi ultimi in *orbi* (cioè senza figli almeno adottivi) e *patres*.

La principale disposizione era che il celibe fosse incapace di succedere per testamento a chi non gli era parente in gradi determinati di parentela, e l'ammogliato senza figli almeno adottivi potesse in tali gradi succedere per testamento nella sola metà — Ciò che essi non

---

(1) Il principio della separazione de'poteri dello Stato da quelli della Chiesa, ha oggi secolarizzato il matrimonio, senza che però sia punto vietato agli sposi di celebrarlo ecclesiasticamente — Ma i tre principii fissati dal Diritto Canonico si son ritenuti per Codice Civile, poichè, per la validità della celebrazione del matrimonio, son richieste anche oggi la presenza del Sindaco, la competenza di lui, e la presenza de'testimoni, art. 93 e 104.

Digitized by Google

prendevano passava agli eredi e legatarii scritti nello stesso testamento; ma sotto Caracalla si dispose che i beni passassero invece al Fisco — Non venne ristretto il diritto di successione intestata.

Laonde si aveano istituzioni di erede e nomine di legatarii valide secondo il diritto civile, ma caduche in que' casi per forza di tale Legge, la quale venne perciò anche chiamata *Lex caduca*.

La influenza delle idee cristiane, le quali eccitavano al matrimonio coll'elevare il sentimento della moralità, condusse a moderare dapprima e poi ad abrogare del tutto quella Legge—E così Costantino tolse la pena al celibato, ma tenne ferma l'altra per chi non avesse figli almeno adottivi, e Giustiniano ne cancellò completamente le tracce.

§ 149. Or precisamente la Legge Giulia Papia Poppea fu quella che regolò il concubinato, perchè il Legislatore Romano, pel mal costume che dominava, volle non solo eccitare i cittadini alle nozze mediante un sistema di premii e di pena, ma anche rendere men frequenti gli adulterii e gli stupri, autorizzando a somiglianza del matrimonio una unione illegittima sì, ma ehe rispondesse a determinate condizioni, onde venne legalmente riconosciuto il eoncubinato.

Le condizioni furono tre — 1. La donna dovea essere libertina, o anche ingenua ma non onesta — 2. Nè la donna nè l'uomo doveano essere congiunte in matrimonio con altri — 3. Non si potea avere più di una concubina.

Ma in che consistè di preciso l'effetto legale che si ebbe per la ricognizione del concubinato?

La Legge diè ad esso due vantaggi di fronte alle altre unioni illegittime — Il primo fu di ritenere come naturali i figli nati da tale unione senza bisogno di alcun riconoscimento da parte del padre o della madre — Il secondo fu di una certa riputazione civile della concubina in rapporto alle altre donne di morale perduta — Cosicchè mentre prima della Legge Giulia Papia Poppea le parole *pellex concubina* suonavano lo stesso, dopo quella legge l'una parola significava adultera, prostituta, e l'altra parola quasi amica e convivente con un sol uomo.

Il concubinato, come istituzione in certo modo riconosciuta e legale (*licita consuetudo*) si mantenne per secoli, e resistè alla influenza salutare del cristianesimo, infino a che questo lo vinse richiamando i costumi alla purità della morale, ed elevando semprepiù il livello della santità del matrimonio legittimo (1).

(1) Oggi il concubinato si assomiglia presso a poco al matrimonio morganatico.

Digitized by Google

Impedimenti al matrimonio.

§ 150. La molteplicità de'rapporti che s'incontrano nella teoria del matrimonio, come abbiamo detto al § 132 mena ad una molteplicità d'impedimenti co'quali que'rapporti vengono ad essere armonizzati.

Volendo ridurre a classi gl'impedimenti del Diritto romano, si trova che possono distinguersi in incestuosi, indecorosi, e nocevoli.

Impedimenti incestuosi.

§ 151. Questi derivano dalla parentela, la quale può essere — 1 civile e naturale — 2 soltanto naturale — 3 soltanto civile.

1. Impedimenti per parentela civile e naturale.

Sotto questo aspetto il matrimonio è proibito.

a) Tra parenti in linea retta. *Nuptiae inter adscendentes et descendentes in infinitum prohibentur*. L'orrore che desterebbe un matrimonio tra generante e generato, la vergogna che accompagnerebbe un congiungimento siffatto, rispondono a ragioni di moralità e di fisiologia.

Il sangue vuol divergere e la famiglia non deve trovare in se stessa il germe di un'altra famiglia (1).

b) Tra parenti in linea collaterale l'impedimento è stato sempre costante tra quelli che immediatamente discendono da uno stipite comune, cioè tra fratello e sorella.

Anche quì la natura pone un ritegno e parla da se, onde militano le stesse ragioni ora dette pe'parenti in linea retta.

Tra zio e nipote vi è stata pure sempre proibizione, ma pur vi fu una legge, fatta per secondare gli amori di Claudio con la nipote Agrippina, e venne codesto impedimento tolto, ma fu poi ripristinato. È certo però che i vincoli di parentela tra zii e nipoti non sono così intensi come gli altri due precedenti.

Tra cugini il matrimonio è stato sempre permesso, benchè qualche legge proibitiva, dovuta più che altro alla influenza del Cristianesimo, che per la purità delle famiglie guarda di mal occhio tali nozze, non fosse mancata durante il periodo de'tempi Imperatorii (2).

2. Impedimenti per parentela soltanto naturale.

---

(1) Teoria uniforme, art. 48.

(2) Il Codice civile mantiene lo stesso rigore per la linea obliqua in secondo grado, cioè pe'fratelli e per le sorelle. Proibisce le nozze in terzo grado cioè tra zio e nipote, ma permette che il Re possa accordare dispensa. Non impedisce le nozze dal quarto grado in poi, art. 59, 68.

Digitized by Google

È regola generale che quando tra due persone vi sia vincolo naturale di parentela, valgono gli stessi impedimenti che varrebbero se la parentela fosse anche civile, e così il matrimonio è vietato tra ascendenti e discendenti naturali, e tra fratelli e sorelle naturali. La voce potente della natura si fa sempre sentire, anche quando sia scompagnata dalla legge che non proclami il vincolo civile, onde l'assioma — *semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit.* Fr. 197 *de regulis juris*, 50. 17 (1).

3. Impedimenti per parentela soltanto civile.

Si hanno

a) per l'adozione, per la quale è regola che v'è impedimento in que'gradi ne'quali vi sarebbe se si trattasse di parentela civile e naturale, e ciò per alte ragioni di moralità tra coloro che convivono assieme e fanno parte della stessa famiglia (2).

b) per l' affinità. Anche per questa è regola che è proibito il matrimonio tra gli affini che si trovino negli stessi gradi pe' quali sarebbe inibito tra parenti. E ciò è giustificato da ragioni di moralità, di convenienza e di pudore (3).

c) per sponsali. Non essendo seguito il matrimonio tra due, pei quali erano intervenuti sponsali, il matrimonio è vietato tra uno degli sposi e i parenti in linea retta o collaterale di secondo grado dell' altro. Disciolte le trattative matrimoniali potrebbe essere un incentivo alla immoralità il permettere le nozze tra uno degli sposi e persona di famiglia dell'altro, dappoichè gli antichi amori tra i due sposi facilmente si ridesterebbero col contatto nella medesima famiglia (4).

d) per divorzio. Per la stessa ragione non si permette il matrimonio tra l'uno de'coniugi, che ha fatto divorzio, co'parenti in linea retta dell'altro coniuge (5).

---

(1) Teoria uniforme per gli ascendenti e discendenti, e pe' fratelli e sorelle naturali, art. 58 e 59.

(2) Teoria uniforme per la linea retta, e pel secondo grado della obliqua, art. 60.

(3) Per l'affinità il Codice civile mantiene rigorosamente il divieto per la linea retta, vieta il matrimonio pel secondo grado in linea collaterale, ma permette che il Re possa dispensarne, e non proibisce dal terzo grado di quest'ultima linea, art. 58, 59, 68.

(4) Questo impedimento non è stato ritenuto, rientrando più nella sfera morale, anzichè nella legale.

(5) Nè anche questo impedimento è stato ritenuto perchè il Codice non riconosce divorzio.

Digitized by Google

Impedimenti indecorosi

§ 152. Come indecorose erano vietate le nozze — 1° tra patrizii e plebei — 2° tra ingenui e libertini — 3° tra senatori e commedianti — 4° tra rapitore e rapita — 5° tra adultero e adultera (1).

Impedimenti nocevoli

§ 153. Si hanno

a) per l' età, la quale era fissata a 14 anni pe' maschi, e a 12 per le femine. Tale impedimento è diretto a non apportar nocumento a'fini del matrimonio, cioè alla procreazione ed educazione della specie, e all' aiuto scambievole dei coniugi, come pure all' igiene e alla robustezza degli sposi e della prole (2).

b) per la impotenza generativa, perchè mancherebbe uno dei fini del matrimonio qual'è la procreazione della prole. Ma si avverta che la impotenza dev'essere precedente al matrimonio, dapoichè se mai sopraggiungesse dopo, viene a considerarsi come un caso a cui bisogna sottostare (3).

c) per la tutela era vietato il matrimonio tra il tutore, o il figlio di lui, con la pupilla fino alla resa dei conti, se pure il padre di costei non avesse dichiarato di gradire a suo tempo tali nozze. La ragione stava nell' autorità tutoria che avrebbe potuto per mire d'interesse influire sull'animo della fanciulla (4).

d) per pubbliche funzioni era vietato al funzionario di torre a moglie una cittadina del luogo ove egli esercitasse il suo ufficio. La ragione era pure il pericolo di una influenza ch'egli avesse potuto esercitare con la sua autorità sull'animo della sposa (5).

e) per religione, per la quale era vietato il matrimonio a quelli che avean fatto voto di castità, come pure era vietato il matrimonio tra Cristiani ed Ebrei (6).

---

(1) Oggi non v'è alcuno di tali impedimenti.

(2) Il Codice civile ha stabilito l' età di 18 anni pe'maschi, e di 15 per le femine, anche perchè sieno capaci di ben comprendere l' importanza del vincolo perpetuo che contraggono, art. 55.

(3) Teoria uniforme, art. 107.

(4) Oggi non è riconosciuto questo impedimento più di tutto perchè l'autorità tutoria è molto scemata con la istituzione del Consiglio di famiglia, come diremo parlando della tutela.

(5) Nè anche questo impedimento è ritenuto perchè il principio di autorità è temperato.

(6) È controverso in giurisprudenza se sia valido il matrimonio di chi hà

Digitized by Google

§ 154. Tutto ciò era per Diritto Romano.

Ma, per riguardo agl' impedimenti, è d' uopo toccar brevemente del Diritto Canonico, sia perchè il Codice civile ha fatto qualche divieto provvenutoci da esso, sia perchè da esso si fa la distinzione oggi in vigore tra impedimenti impedienti e dirimenti.

Or, diconsi impedienti quegl'impedimenti pe' quali il matrimonio è vietato, ma che rimane valido se mai è contratto. Dirimenti per contrario sono quelli pe'quali il matrimonio non solo è vietato, ma si scioglie se mai è stato fatto.

§ 155. Gl'impedimenti impedienti sono racchiusi in questo verso:

Sacratum tempus, vetitum, sponsalia, votum.

Esaminiamone ciascuna parola.

Sacratum tempus. La Chiesa vieta il matrimonio dall'Avvènto fino all'Epifania, e dal giorno delle Ceneri fino all'Ottava di Pasqua. In considerazione della santità attribuita a tale tempo, ha creduto evitare i divagamenti e le feste matrimoniali (1).

Vetitum. Questa parola si riferisce a parecchi divieti, cioè — 1° al divieto di contrarre matrimonio senza il consenso de'genitori (2)— 2° al divieto fatto alla vedova di rimaritarsi prima del decimo mese dalla morte del marito, di che terremo discorso or ora parlando delle disposizioni relative al tempo susseguente al matrimonio (3) — 3° al divieto di contrarre matrimonio senza la precedente formalità delle pubblicazioni (4).

Sponsalia. Gli sponsali fatti impediscono il matrimonio con altri perchè la promessa deve rispettarsi. Ma se alcuno degli sposi contraesse con altri matrimonio, questo resta fermo (5).

Votum. Voto semplice di castità, non già voto solenne che costituisce un impedimento dirimente (6).

§ 156. Gl'impedimenti dirimenti, cioè quelli che operano lo scioglimento del matrimonio, se mai si fosse contratto, sono racchiusi nei seguenti versi:

---

fatto voto di castità. Ma la diversa confessione religiosa non apporta impedimento.

(1) È cosa del tutto ecclesiastica.

(2) Il Codice civile riconosce questo divieto, e se n'è parlato al § 143.

(3) Come spiegheremo a proprio luogo, il Codice civile ritiene questo impedimento, art. 57.

(4) Ne abbiamo già parlato al § 136.

(5) Il Codice civile non riconosce punto questo impedimento. Ne abbiamo parlato al § 134.

(6) Non è riconosciuto punto dal Codice questo impedimento.

Digitized by Google

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Affinis, raptor, si clandestinus, et impos,
Haec facienda vetant connubia, facta retractant.

Error. L'errore vizia il consenso. Ne abbiamo già parlato a lungo a' § 139 e seg. (1).

Conditio. La Chiesa è universale ed ha il suo impero anche colà dove oggi fosse riconosciuta la schiavitù. Or la condizione di schiavo di un coniuge, ignorata dall'altro, fa risolvere il matrimonio, perchè il servo dovendo prestare tutti i suoi ufficii al padrone, non può prestarli all'altro coniuge (2).

Votum. Voto solenne di castità, perchè vi è promessa accettata (3).

Cognatio. Cioè la parentela, per la quale v'è divieto assoluto per la linea retta, e limitato per la linea obliqua (4) Il diritto Canonico riconosce l'impedimento derivante dall'adozione, e ritiene la parentela spirituale derivante dal battesimo (5).

Crimen. Per crimine si hanno in Diritto Canonico tre cause di impedimento dirimente

1.° per adulterio, quando tra gli adulteri interviene la promessa di contrarre matrimonio alla morte dell'altro coniuge;

2.° per omicidio, allorchè è ucciso un coniuge di concerto tra l'uccisore e il coniuge sopravvivente e nel fine di contrarre matrimonio tra loro;

3.° per adulterio e per omicidio insieme, quando l'omicidio di un coniuge sia l'opera dell' altro coniuge e dell'adultero, e nel fine di stringer fra loro le nozze.

Come si vede il Diritto Canonico nell' impedimento per omicidio ricerca la intenzione di contrarre matrimonio col coniuge che sopravvive (6).

Cultus disparitas, cioè la differenza di confessione religiosa (7).

---

(1) Questo impedimento è riconosciuto, e se ne è discorso in nota a'§ 139 e seguenti.

(2) Non è per Codice ritenuto questo impedimento, non essendovi schiavitù.

(3) È controverso in giurisprudenza se oggi regge questo impedimento, come abbiamo detto in nota al § 153.

(4) Ne abbiamo parlato in nota al § 151.

(5) Per l'impedimento derivante dall'adozione si è parlato in nota al § 151. Non v'è impedimento pel battesimo, essendo cosa ecclesiastica.

(6) Per Codice civile l'omicidio volontario consumato, mancato o tentato in persona di un coniuge è impedimento dirimente pel matrimonio con l'altro coniuge, senza che si debba provare la intenzione di cui parla il Diritto Canonico, perchè la legge civile non può entrare nelle coscienze art. 62 e 104.

(7) Non è per Codice ritenuto questo impedimento, essendovi libertà di culti.

Digitized by Google

Vis. La violenza perchè questa costituisce un vizio del eonsenso, eome si è spiegato al § 142 (1).

Ordo. Gli ordini sacri che impongono voto di castità a'sacerdoti (2).

Ligamen. Per precedente vincolo matrimoniale di cui si è discorso al § 145 (3).

Honestas. Per onestà di famiglia, cioè pe' precedenti sponsali, di cui si è parlato al § 151 (4).

Affinis. Per l'affinità, di cui abbiamo fatto cenno nel § 151 (5).

Raptor. Per ratto di cui si è fatta parola al § 152, e col fine di contrarre matrimonio con la rapita. Ma se la donna, posta poi in luogo sicuro, consenta al matrimonio, questo è valido (6).

Si clandestinus. Pel matrimonio clandestino, di cui abbiam parlato al § 144 (7).

Et impos. Per l'impotenza generativa, che abbiamo ricordato al § 153 (8),

§ 157. Vedutisi così gl'impedimenti per Diritto Romano, e quelli per Diritto Canonico, e vedutosi quali di tali impedimenti sieno per Diritto Canonico impedienti e quali dirimenti (9), dobbiamo avvertire che se mai siasi fatto un matrimonio per lo quale eravi un impedimento dirimente, e siesi fatto in buona fede di uno de'coniugi, o di tutti e due, il matrimonio si scioglie, ma restano salvi gli effetti civili pel coniuge che era in buona fede, e pe'figli. Tale matrimonio chiamasi *putativo*, da *putare*, creder valido (10).

§ 158. A compimento della teoria degl'impedimenti deve parlarsi delle dispense.

Quando più la parentela si scosta, tanto meno si sente la ripugnanza al matrimonio. Onde si può fare qualche eccezione pe'parenti

---

(1) Per Codice civile è riconosciuto questo impedimento. Veggansi note al § 142.

(2) È contrastato in giurisprudenza se regge oggi questo impedimento.

(3) Veggasi nota a tale § 144.

(4) Veggasi nota a tale § 151.

(5) Veggasi nota a tale § 151.

(6) Veggasi nota a tale § 152.

(7) Veggasi nota a tale § 144.

(8) Veggasi nota a tale § 153.

(9) Abbiamo con tutta precisione notato quali sono gl'impedimenti per Codice civile. Ora qui dobbiamo ripetere che il Codice riconosce la distinzione tra impedimenti impedienti e dirimenti. Sono impedienti due soli, cioè — 1° il passaggio della vedova a seconde nozze pria che decorrano i dieci mesi dalla morte del marito, art. 57, 86, 128—2° la mancanza di pubblicazioni, art 70 e seguenti e 123. Tutti gli altri impedimenti sono dirimenti, cioè fanno annullare il matrimonio contratto, ma per alcuni vi sono brevissime prescrizioni.

(10) Teoria uniforme. art. 116.

Digitized by Google

non molto stretti, come per esempio in terzo grado (zio e nipote), o per affini collaterali in secondo grado, quali sarebbero quelli che oggi noi chiamiamo cognati. Il principio di diritto è che la dispensa deve considerarsi come eccezione, è perciò debbono concorrere ragioni eccezionali, che consiglino di non applicare il rigore della regola, come per esempio la educazione de' figliuoli rimaritandosi la vedova madre che sta in villa col fratello del defunto marito che sta in città.

Per altro, non si può ammetter mai dispensa quando la natura direttamente si oppone, come accade tra parenti di primo e secondo grado, e tra affini di primo grado (1).

Effetti del matrimonio

§ 159. Due sono i principali effetti del matrimonio, cioè — 1° l'unità e comunione individua di tutte le cose della vita — 2° il predominio del marito nella società coniugale, essendo egli il *princeps et caput familiae*.

Dal primo di tali principii segue che i coniugi hanno l'obbligo—1.° della fedeltà, onde le gravissime pene stabilite in diritto romano per l'adulterio —2.° della coabitazione: *commixta familia est, una domus est* (Fr. 1, § 25 *de Senatus Consulto Silaniano et Claudiano* 29, 5).— 3° di soccorrersi ed assistersi a vicenda : *quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis mulieris casibus maritum, vel uxorem viri participem esse?* (Fr. 22, §. 7. *soluto matrimonio* 24, 3.)

Dal secondo di que' principii segue —1° che il marito è il vindice e il protettore della moglie, onde può sporger querela di offese a lei fatte: *defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est* (Inst. *De injuriis* 44, 2).—2° che la moglie deve dipendere dal marito: *reverentia quae maritis exhibenda est* (Fr. 14, § 1 *Soluto matrimonio* 24, 3.) (2)

Codesti son principii comuni tanto al matrimonio libero quanto al matrimonio *cum manu*.

§ 160. Ma vi erano effetti speciali secondochè il matrimonio si fosse fatto con la *conventio in manum*, ovvero senza di essa.

Se nel primo modo, la moglie era considerata come figlia del marito (*loco filiae*), onde l'autorità sopra di essa era piena, cioè il marito avea sulla moglie gli stessi diritti che il padre avea su'figli, di che terremo discorso nella patria potestà.

(1) Teoria uniforme, art. 68.

(2) Teoria uniforme, art. 130, 131 e 132 Codice Civile, art. 105 Codice di procedura penale.

Digitized by Google

Se nel secondo modo, cioè senza la *conventio in manum*, la moglie manteneva il ligame agnatizio con la famiglia civile dond' era uscita, stava sotto la potestà del padre suo, e morto costui, cadeva sotto la tutela de'suoi agnati, e ciò fu fino a quando ebbe vigore la tutela perpetua delle donne. Per altro in forza de'principii innanzi indicati, v'erano diritti speciali che regolavano il rapporto personale tra coniugi. E così la moglie seguiva la dignità del marito, avea il domicilio di lui, era liberata da opere officiali verso l'antico padrone se mai fosse stata libertina, dovea essere alimentata dal marito, ed esser sepolta a spese di lui se non avesse avuto dote. Per riguardo poi a'beni che la moglie avea oltre la dote, il matrimonio libero non esercitava in generale alcuna influenza, e morto il padre di lei, e abrogata la tutela perpetua delle donne, ella ne disponeva e li amministrava, senza che almeno moralmente cessasse anche per riguardo a'beni quella dipendenza e riverenza ch'ella dovea al marito capo della famiglia. *Bonum est mulierem quae se ipsam marito committit, res ejusdem pari arbitrio gubernari* (L. 8, Cod. *de pactis conventis* 5, 14.) (1)

---

(1) Per Codice Civile il matrimonio vien regolato presso a poco secondo le norme del matrimonio libero romano. E così la moglie ha il domicilio del marito, art. 18; prende il cognome di lui, art. 131; e il marito ha il dovere di somministrarle tutto ciò che è necessario a'bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze, art. 132.

Se non che, essendosi diversamente regolato il diritto de' coniugi nella successione tra loro, dando diritto alla moglie di succedere al marito, come diremo a proprio luogo, conveniva porre un freno alla libera disponibilità che avea la donna de'beni stradotali, e lo si è posto con l'autorizzazione maritale in quegli atti che potrebbero compromettere il di lei patrimonio. I vincoli di moglie e di madre, i principii costitutivi e gl'interessi della famiglia reclamavano tale autorizzazione, la quale forma una regola d'ordine e di armonia, e di conservazione dell' economia domestica. Onde la moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, nè transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti senza l'autorizzazione del marito, o, in determinati casi in cui la legge non riconosce facoltà del marito, senza l'autorizzazione giudiziale, art. 134, 136. Tale regola però e soggetta ad eccezione, e non vi sarà bisogno di autorizzazione maritale ne'casi in cui il marito sia minore, interdetto, assente, o condannato a più di un anno di carcere, durante la espiazione della pena; ovvero quando la moglie sia legalmente separata per colpa del marito, o quando ella dietro autorizzazione del marito eserciti la mercatura, art. 135 Cod. Civ. e art. 7 Cod. di Commercio.

In difetto di autorizzazione, gli atti della moglie sono colpiti di nullità relativa, la quale può quindi opporsi soltanto dal marito, dalla moglie, e da' suoi eredi od aventi causa art. 137.

Digitized by Google

Scioglimento del matrimonio

§ 161. Tre erano i modi precipui pe'quali il matrimonio veniva a disciogliersi. Diciamo precipui per non intrattenerci forse inutilmente in un' opera elementare sopra i deportati, i prigionieri di guerra, le adozioni de'generi, e simili eose passate a storici ricordi.

Or que'tre modi si aveano

1° Per la esistenza di uno degl'impedimenti, de'quali abbiamo innanzi discorso (1).

2° Per morte naturale, o per morte civile, la quale derivasse dalla perdita della libertà (2).

3° Per divorzio. I Romani lo han sempre ammesso per la ragione che quando il matrimonio non corrisponde più al fine del *consortium omnis vitae*, quando (come dice il Poeta) si bagnano di lagrime e taluna volta anche di sangue i geniali letti, meglio è disciogliere un nodo che riesce fatale. Per più secoli in Roma non si ebbero divorzii, o se ne ebbe qualcuno molto raro e censurato. Ma rilasciatisi i costumi, divennero così frequenti che lo stesso Cicerone divorziò dalla sua Terenzia per riparare alle perdute sue finanze con un novello e ricco matrimonio, e si ricorda di una donna chiamata Telesilla che in un mese cambiò dieci mariti!

Il divorzio potea essere forzoso o consensuale, il quale ultimo veniva anche chiamato *divortium bona gratia.*

La influenza delle idee Cristiane portò un freno al divorzio, e gl'Imperatori assegnarono le cause per le quali potesse farvisi luogo, e stabilirono pene pecuniarie per quello de'coniugi che n'era colpevole.

La Chiesa, che mirava alla indissolubilità de'matrimoni, prevalse,

---

Il Codice di procedura poi chiama il Tribunale a concedere alla moglie l'autorizzazione giudiziale, e vuole che il Tribunale se ne occupi in Camera di Consiglio, perchè sovente si richiede per tali cause il segreto e la più grande circospezione art. 799, 800 e 801, ed 802 Cod. proc. civ. L'autorizzazione data alla moglie per stare in causa vale anche per proseguirla negli stadii e gradi ulteriori, ciò richiedendo la unità de'giudizii, art. 805. Ma se la moglie è convenuta e non attrice, basta darne conoscenza al marito come a protettore naturale di lei, dappoichè in ciò che riguarda l'azione del terzo attore, l'autorizzazione è una semplice formalità supplita tacitamente dalla giustizia quando il marito la ricusi, art. 803.

(1) Per Codice Civile gl'impedimenti per menare allo scioglimento debbono essere dirimenti e non impedienti. Veggasi quanto è detto in nota al § 157.

(2) Essendo oggi riconosciuto lo stato di libertà, il matrimonio si scioglie con la morte naturale, art. 148.

Digitized by Google

e il divorzio ne'paesi Cattolici venne abolito, e vi si sostituì la odierna separazione personale de' coniugi (1).

Tempo susseguente.

§ 162. Due sono gl'istituti per riguardo al tempo susseguente, cioè il curatore al ventre, e le seconde nozze.

CURATORE AL VENTRE.

§ 163. Il curatore al ventre pregnante muove da ragioni di conflitto d'interessi.

Morendo alcuno, e lasciando la moglie incinta, si è nella incertezza a chi spetti la eredità. Può la millantata gravidanza non esser vera e procurarsi una supposizione di parto, può il feto nascer morto e sostituirsi a lui un altro vivo, e si avrebbe una frode ai parenti legittimi; può l'interesse della madre trovarsi in opposizione con quello del nascituro, e si deve aver cura perchè non si attenti alla vita di lui con un aborto; può la vedova dilapidar le sostanze, che in tanta incertezza non si sa a chi debbano appartenere.

(1) Le ragioni principali che non han fatto ammettere il divorzio nel Codice Civile son due. La prima è che la stabilità delle famiglie ne fa la forza, e questa interessa tutto il Corpo sociale, essendo lo Stato un aggregato di famiglie: or l'idea del divorzio collocata sulla soglia del matrimonio si muterebbe nelle mura domestiche in un perenne ed amaro sospetto. La seconda è per l'interesse de'figli, pel cui riguardo il matrimonio fu fatto, e che ànno acquistato un diritto alla costituzione della famiglia.

Invece il Codice ammette la separazione personale dei coniugi, e soltanto per cause ben gravi, nel fine di evitare una separazione capricciosa o che fosse l'effetto di passeggieri rancori, art. 149, 150, 151 e 152. Commina al coniuge colpevole la perdita di tutti i lucri che gli potrebbero derivare dal matrimonio, tra cui quelli di eredità, art. 156. Permette che per semplice consenso de'coniugi possano cessare gli effetti della separazione, art. 157. Non dà valore alla separazione consensuale, se non vi sia omologazione del Tribunale, art. 158. Si affida a'Magistrati per la collocazione de'figli o presso uno de' genitori, o presso un istituto, o presso terzi, e non priva in qualunque evento entrambi i genitori del diritto di vigilare per la loro educazione, art. 154 e 155.

Il Codice di procedura poi stabilisce delle forme per evitare che la separazione sia l'effetto d'incauta e leggiera risoluzione e dispone che sia preceduta da uno sperimento di conciliazione davanti il Presidente del Tribunale. L'autorevole interposizione di questo Magistrato fra i due coniugi riesce non di rado con prudenti parole a calmare gli sdegni e a ricomporre gli animi. Che se conciliazione fra loro non si abbia, dovrà per la separazione forzosa pronunziare il Tribunale nelle vie ordinarie, e in Camera di Consiglio per la separazione volontaria, art. 806, 807, 808, 809, 810, ed 811 Cod. proc. civ.

Digitized by Google

La Legge concilia codesti interessi divergenti istituendo un curatore, il quale sia incaricato ad un tempo e di sorvegliare la vedova per prevenire la supposizione o sostituzione di parto, e di amministrare i beni per conto del nascituro, o di coloro che si troveranno poi avervi diritto, alimentando la vedova fino allo sgravo, fosse o non fosse ella dotata, perchè si reputa che l'alimento si dà a chi è nel ventre.

Nato il bambino aveano vigore le disposizioni ordinarie relative alla tutela. Ma intanto si permetteva al padre di famiglia di nominare un tutore testamentarìo al postumo, nel quale caso curatore al ventre non vi era, sostenendone il tutore medesimo le funzioni.

Per altro in Diritto Romano erano date molte disposizioni rigorose per assicurarsi che in realtà la vedova fosse incinta, e per evitare le supposizioni di parto (1).

SECONDE NOZZE.

§ 164. Le seconde nozze sono state sempre viste di mal occhio, siccome generalmente con una certa ripugnanza le si veggono anche oggi. Le ragioni son due. La prima è propria della vedova, la quale rimaritandosi dimostra non aver molta continenza, in cui sta il pregio principale della donna. La seconda, che è comune tanto alla moglie quanto al marito che resti superstite, consiste nel danno che ordinariamente risentono i figli del primo letto da un novello matrimonio del genitore. Specialmente questa seconda ragione fu ritenuta più potente della prima, dopo che per la influenza del Cristianesimo si ebbe in mira l'interesse de'figli nelle seconde nozze.

Cosicchè si può ritener come principio che le seconde nozze sono viste di mal occhio da'Legislatori.

Ma oltre a codesto principio ve n'è un altro, che mena al pari del primo a gravi conseguenze, cioè che debbano esser vietate le seconde

(1) Per Codice Civile si ha che se alla morte del marito la moglie si trovi incinta, il Tribunale, sull'istanza di persona interessata, può nominargli un curatore al ventre, art. 236. È facoltativa al Tribunale tale nomina, perchè in alcuni casi può non esservene bisogno, specialmente quando vi sieno altri figli già nati, e il pericolo di frode venga a mancare. Se si fa la nomina del curatore al ventre, questi prende l'amministrazione de'beni e la tiene fino alla nascita del postumo, e sorveglia la vedova per prevenire la sostituzione o supposizione di parto. Ma oggi la madre ha la patria potestà dopo morto il padre, art. 220, sicchè pel nascituro non vi può essere tutore testamentario, e soltanto il padre può stabilire condizioni per l'educazione del figlio, e per l'amministrazione de'beni, art. 235.

Digitized by Google

nozze alla vedova fino a quando vi sia pericolo della *turbatio sanguinis*, e della *generationis incertitudo* (Fr. 11, § 1. *De his qui notantur infamia* 3. 2.—L. 53. § 3. C. *de episcopis et clericis* 1. 3.) (1).

§ 165. Fissati i principii di diritto, non resta che vederne le conseguenze.

Posto come punto di partenza il disfavore delle Leggi per le seconde nozze specialmente nell'interesse de'figli, segue

1.° che il genitore vedovo il quale passi a seconde nozze ritiene il solo usufrutto di tutto ciò che ha avuto a qualunque titolo dal primo coniuge, e la proprietà de'beni passa in eguali porzioni a'figli del primo letto (2).

2.° Vi è pure la perdita de'beni lasciati sotto condizione di vedovanza (3).

3.° V'è ancora la perdita della tutela de'figli (4).

4.° Il binubo non può lasciare al secondo coniuge più di quanto ascia al meno favorito de'figli del primo matrimonio (5).

§ 166. Dal secondo principio poi che si deve evitare la *turbatio sanguinis*, segue che la vedova non può rimaritarsi se non decorso il tempo necessario ad evitare il pericolo della incertezza della filiazione. Sempre si parla di un anno di lutto per Diritto Romano, ma l'anno Romuleo era di dieci mesi, e per soli dieci mesi durò per più secoli la inibizione, finchè gl'Imperatori Graziano, Valentino e Teodosio estesero la durata ad un anno intero (L. 2. C. *de secundis nuptiis* 5. 9). Ma se la donna partoriva innanzi al compimento del-

(1) Tali due principii sono uniformi per Codice civile. Veggansi le seguenti note.

(2) Per Codice civile il passaggio del genitore a seconde nozze gli fa perdere l'usufrutto legale de'beni de'figli minori, art. 232. La madre che passi a nuovo matrimonio perde anche l'amministrazione de'beni del figlio, se non le è conservata puramente o condizionatamente dal Consiglio di famiglia convocato a tal uopo. Il Codice è più mite, ma tali pene in alcuni casi possono riuscire gravissime.

(3) Come meglio diremo nella teoria successoria, per Codice civile la condizione di vedovanza che imponga il coniuge defunto al coniuge sopravvivente è valida. Non è valida la condizione di celibato o di vedovanza che altri imponesse. Ma è valido il legato durante la vedovanza o il celibato, art. 850.

(4) La madre che si rimariti è soggetta a condizioni che può imporle il Consiglio di famiglia e per l'educazione de'figli e per l'amministrazione de'beni, se pure per questi non nomini un curatore. art. 237 e 238. Sia che la madre passi o non passi a seconde nozze, può per l'educazione de'figli e per l'amministrazione de'beni esser soggetta a quelle condizioni che le si fossero imposte dal padre per testamento o per atto autentico, se pure non ne è dispensata dal Consiglio di famiglia con deliberazione omologata dal Tribunale, art. 235.

(5) Teoria uniforme, art. 770.

Digitized by Google

l'anno, potea rimaritarsi anche prima, perchè cessava la ragione della Legge (1).

Rimaritandosi la donna in contravvenzione di tali precetti, perdevà tutto quanto le era stato donato o lasciato dal primo marito, niente poteva ricevere dal secondo, e non poteva a costui lasciare più del terzo de'suoi beni (2).

RAPPORTO PECUNIARIO DI MATRIMONIO

§ 167. Il matrimonio è una società tra l'uomo e la donna nel fine di aiutarsi a vicenda e di propagare in nuovi individui la propria esistenza. È la società più completa e sacra che sia al mondo.

Come società dev'esservi un comune godimento. Ecco perchè secondo il concetto morale del matrimonio, i coniugi dovrebbero considerare i loro beni, come un patrimonio comune.

Ma non è di essenza nella società coniugale una comunione perfetta di beni. Una qualche comunione dev' esservi sempre, ma questa può presentare diverse forme, esser variabile ed accidentale, specialmente a seconda delle costumanze dei popoli.

Perlocchè, nella società coniugale, e per rapporto ai beni, due sono i grandi principii che dominano tutta la materia, cioè:

1.° Una qualche comunione di beni fra coniugi.

2.° Una qualche libertà nella scelta delle forme diverse di tale comunione.

La forma prevalente in diritto romano, fu la dote, nella quale spicca il concetto che le sostanze dei coniugi toccano in certo qual modo la comunione, ma rimangono giuridicamente separate, ed il matrimonio non altera per nulla lo stato patrimoniale dei coniugi medesimi.

Bisogna però conoscere quali furono in origine i sistemi per riguardo a quelle forme di comunione, come surse il sistema dotale, in qual modo venne esagerato, e quale altro sistema sopraggiunse dopo i tempi romani.

---

(1) Per Codice civile la moglie vedova non si può rimaritare se non dopo dieci mesi dallo scioglimento del matrimonio, se pure non abbia ella partorito prima di tale tempo, ovvero non siesi dichiarata la nullità del matrimonio per impotenza, art. 57.

(2) Per Codice civile; la donna, che si rimarita pria del tempo stabilito dalla legge, decade da ogni donazione, lucro dotale, o successione che provvengano dal primo marito. Ma perchè può accadere ch'ella non abbia nè liberalità del primo marito, nè lucri da perdere, il Codice per tutela della moralità commina la pena della multa fino alle Lire mille contro la vedova rimaritata, il nuovo coniuge, e l'uffiziale dello stato civile, art. 128.

Digitized by Google

§ 168. L'antico diritto romano presentava due sistemi opposti. Se il matrimonio aveva luogo con la *conventio in manum* la moglie passava sotto la potestà del marito *loco filiae*, e i beni di lei divenivano proprietà del marito medesimo. Se mancava la *conventio in manum*, la moglie, non passando in potestà del marito, riteneva la libera disponibilità dei suoi beni, restando ella però sempre soggetta alla tutela perpetua dei suoi agnati.

Il secondo sistema, che fu per lungo tempo l'eccezione, finì per diventare la regola quando si rese rara la *conventio in manum*, e perchè venne anche debilitandosi, e in fine venne a mancare la tutela perpetua delle donne, sorse e si sviluppò il regime dotale.

Però i beni dotali furon poi circondati da esorbitanti protezioni; fu proibita sotto Augusto l' ipoteca del fondo dotale, ed ai tempi di Giustiniano si giunse a proclamare l'assoluta inalienabilità della dote, a gravare i beni del marito di una ipoteca generale occulta, ed a dare financo a questa una forza retroattiva sulle ipoteche precedenti che esistevano a vantaggio di terzi.

Il principale carattere della dote fu quindi l'inalienabilità sotto qualunque forma ed in qualunque modo, e Giustiniano accolse questo principio con tutte le sue esagerazioni. È necessario salvare la dote anche contro l'onore ed il benessere della famiglia, a danno dei terzi traditi nella loro buona fede, con grave pregiudizio del commercio fondiario inceppato dall'inalienabilità, da ipoteche generali che retroagiscono. L'interesse dello Stato lo richiede: l'impero va rovinando, sotto i colpi dei barbari che v'irrompono: fa d'uopo che la moglie, dopo la morte od il divorzio del marito, ritrovi integra la sua dote e possa dare altri figli alla patria. *Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint.* Pensiero funesto inspirato dalla diffidenza e dallo scoraggiamento di una società decrepita, che non crede più ad alcun progresso, troppo fortunata se riesce a conservare ciò che possiede.

Questo sistema di esagerata protezione dominò per lungo tempo in Europa.

Ma d'accosto al medesimo, una idea nuova sorge, e va sviluppandosi specialmente in varie provincie della Francia, un nuovo diritto si costituisce, non dal legislatore, ma dalle tendenze, dall' istinto del popolo. Lo spirito di associazione, quantunque sviato poscia dal retto sentiero, agita prepotentemente le masse, associazione di comuni, di borghesi, di maestranze, di servi della gleba. Tra queste associazioni, nacque e prosperò la comunione dei beni fra i coniugi che diventò il diritto consuetudinario di quelle provincie.

Laonde nei tempi dell'antico Diritto Romano i sistemi erano due

Digitized by Google

e decideva per essi la forma della *conventio in manum*. O questa vi era stata, e tutti i beni della moglie passavano in proprietà del marito; o non vi era stata e tutti i beni di lei restavano liberi presso di essa soggetta a perpetua tutela.

Dipoi i sistemi furono anche due; cioè il sistema dotale, e quello di libertà patrimoniale della moglie, il quale secondo sistema fu chiamato regime della separazione dei beni o de' beni parafernali.

Il Diritto Romano non conobbe altro sistema, e specialmente quello surto di poi della comunione dei beni.

§ 169. Da ciò si vede che la teoria relativa al rapporto pecuniario nel matrimonio, va distinta in tre sistemi, cioè — 1.° Regime dotale — 2.° Regime della separazione dei beni — 3.° Regime della comunione dei beni, l'ultimo dei quali ignoto ai Romani. Questi però come vedremo, ammettevano tra coniugi il contratto di società universale.

Ma puó accadere che i coniugi abbiano un rapporto pecuniario diverso, cioè che si benefichino tra loro mediante donazioni o lucri dotali, ovvero che si danneggino mediante sottrazioni che l'uno commetta all' altro. Onde quel triplice regime va completato con la teoria della liberalità e de' danni che derivano ad un coniuge per opera dell'altro coniuge.

Regime della separazione dei beni, cioè de'beni parafernali.

§ 170. Svanite le forme della *conventio in manum*, cessata la tutela perpetua delle donne, e surto il regime dotale, mancò alla donna che passava a marito ogni ragione di dipendenza pe' beni che portava con se e che non si costituiva in dote. Tali beni chiamavansi *parafernali*, voce derivata dal Greco, com'è ricordato nella L. 8 C, *de pactis conventis* 5, 14 (1).

La regola in tal caso era che ciascuno de' coniugi conservava separato il suo patrimonio, e non si operava alcun cangiamento nè in rapporto alla capacità della donna di acquistare e di obbligarsi, nè in rapporto a' beni che ella possedeva (2).

Se non che, pel principio da noi già cennato al § 167 che qualunque regime tra conjugi deve in qualche modo risentire della comunione sebbene in forme diverse, un punto di comunione dovea stare anche nel regime della separazione de' beni. E non poteva es-

(1) Per Codice civile chiamansi pure beni parafernali, art. 1425.

(2) Per Codice civile v'è la necessità dell'autorizzazione maritale, art. 134 e seguenti, e ne abbiam discorso in nota al § 160.

Digitized by Google

serne a meno, perchè il matrimonio è sempre una società, vi sono i pesi che da essa derivano, il marito *est princeps et caput familiae*, e la moglie dipende da lui.

Or in che consisteva quel punto di comunione ne' beni parafernali? Trattavasi di cosa lieve, ma vi era.

Se la moglie non si opponeva al godimento che il marito facesse de' beni stradotali di lei, e il marito ne impiegasse i frutti per soddisfare a'pesi del matrimonio, ella non avea poi diritto a ripretenderli. Che se poi la moglie nel contratto di matrimonio avesse dato l'amministrazione de' beni parafernali al marito, questi potea consumare tutti i frutti ne' pesi del matrimonio, senza che ella vi si potesse opporre, ma i beni in tal caso restavano come dotali; onde il diritto all'ipoteca su tali beni e su'beni del marito. Inoltre il marito che avea l'amministrazione dovea usare quel grado di diligenza che avea per le cose proprie. Veggansi le L. 8 ed 11 C. *de pactis conventis* 5, 14.

E il Gotofredo in nota a tale L. 8 precisa a questo modo il diritto del marito su'beni parafernali, *nihil juris marito datur in paraphernis, nisi hactenus quatenus patitur mulier* (1).

Inoltre il principio della comunione si vede pure nell'obbligo che avea la moglie in via sussidiaria alla dotazione alla figlia, come diremo nel regime dotale, e del sostentamento de'figliuoli, come diremo nella teoria della patria potestà (2).

---

(1) Sostanzialmente il Codice civile è uniforme, perciocchè dispone che la moglie ritiene il dominio, l'amministrazione, e il godimento de' suoi beni parafernali, e il marito non ha diritto di amministrarli nè di esigerne i crediti se non ne ha da essa il mandato, ma che se il marito ha goduto de'beni parafernali della moglie senza opposizione per parte di essa, ovvero con mandato di amministrare tali beni e senza obbligo di render conto de' frutti, egli è tenuto a restituire i soli frutti esistenti al tempo della prima domanda, e non già quelli consumati, art. 1427, 1428, 1429, e 1430. Inoltre il marito che gode i beni parafernali è tenuto a tutte le obbligazioni dell'usufruttuario, art. 1431. Ma, sia qualunque il godimento che il marito abbia de'beni parafernali, questi non divengono mai dotali. Ha però il Codice qui dato una disposizione nuova e forse ardita, applicando un pari trattamento alla moglie che avesse avuto l'amministrazione e il godimento de'beni del marito, e ciò per ragione di uguaglianza di rapporto tra conjugi, art. 1432.

(2) Il Codice impone al padre e alla madre, e in proporzione delle loro sostanze, l'obbligo di mantenere, educare, ed istruire la prole, computati nel contributo della madre i frutti della dote, art. 138 e 1410.

Digitized by Google

Regime della comunione de' beni.

§ 171. Presso i Romani non era riconosciuto il regime della comunione tra conjugi, regime che surse con lo sviluppo dello spirito di associazione, come si è detto al § 168.

Invece era permesso a' conjugi di pattuire una società universale de' beni, purchè non avesse mascherato una donazione tra essi vietata.

Ma tra codesta società e la comunione v'è differenza, che bene avverte il Voet al n. 92 del titolo *de ritu nuptiarum*. Il socio universale non può alienare delle cose comuni più che la sua parte, nè rendere indistintamente obbligati gli altri socii in forza de'suoi contratti, nè imputare alla società quello che egli avesse dissipato, e deve invece render conto delle sue azioni; ma tutto ciò non si riscontra nel regime della comunione (1).

---

(1) Il regime della comunione è permesso dal Codice civile pe' soli utili, cioè pel solo godimento de' beni. La ragione è che tale regime è assolutamente straniero alle nostre costumanze, e se talora viene stipulato nel contratto di matrimonio, ciò accade non nell'interesse reciproco dei conjugi, ma per vantaggio di uno di essi. Un vecchio ricco, che ha figli del primo letto, toglie per moglie una giovine povera. Se fosse permessa la comunione dei beni, la moglie povera verrebbe ad essere proprietaria della metà alla morte del vecchio, con grave scapito dei figli del primo letto, i quali vedrebbero ristretta la loro legittima alla quarta parte, e non alla metà del patrimonio del genitore. Veggansi art. 1433-1435. Vero è che in tal caso potrebbe lo sposo fare una donazione alla sposa, ma a donazione non altera la legittima e sarebbe soggetta a riduzione, mentre il contratto di matrimonio che costituisce il regime della comunione, formerebbe un contratto commutativo che non potrebbe menomamente ridursi. La nostra legge ha quindi ben fatto a limitare la comunione ai soli utili.

Della comunione, che dee sempre aver principio dal giorno della celebrazione del matrimonio, art. 1433, fanno parte soltanto i frutti dei beni sì mobili che immobili, presenti e futuri dei conjugi, art. 1435, e come effetto della comunione vi fanno parte anche gli acquisti fatti da' conjugi unitamente o separatamente durante la comunione medesima, tanto se gli acquisti siano derivati dall'industria comune, quanto se siano derivati dai risparmi sui frutti e sulle entrate dei conjugi, art. 1436.

L'amministrazione dei beni della comunione spetta al solo marito, quale capo della società domestica, art. 1438, 1439.

La comunione dei beni tra conjugi si scioglie per la morte di uno di essi, per l'assenza dichiarata per la separazione definitiva di corpo, e per la separazione giudiziale dei beni, art. 1441, 1442, 1443.

Avvenuto tale scioglimento, la moglie o i suoi eredi hanno sempre la facoltà di rinunziare alla comunione, ovvero di accettarla, puramente e semplice-

Digitized by Google

Regime dotale.

§ 172. La definizione della dote è — *pecunia data marito ad sustinenda matrimonii onera* — cioè é dote tutto ciò che la donna o altri per lei promette o dà in godimento al marito per aiutarlo a sostenere i pesi del matrimonio (1).

Di che se ne vede la importanza, più di tutto perchè la donna che ha dote trova molto facilmente a maritarsi, e co'matrimonii si moltiplicano le famiglie, si mantiene, e fiorisce la società. E ciò spiega il favore che ha sempre incontrato la causa dotale presso i Romani, i quali ritenevano quasi una concubina quella che andava a marito senza dote.

Per lo che due sono i grandi principii sopra cui si raggira questo regime. L'uno nell'interesse della donna che voglia passare allo stato conjugale, affinchè ella possa avere un onesto collocamento, e provvedere in ogni evento a se stessa, onde la necessità che la dote sia sicura (2). L'altro nell'interesse dell'uomo che si ammoglia per potere più agevolmente sostenere i pesi della famiglia, di cui va ad esser capo (3).

Il padre ha l'obbligo di dotare la figlia, e quantevolte egli sia povero vi è tenuta in sussidio la madre. La misura di tale obbligo è *pro viribus patrimonii et mariti dignitate*, a'quali due elementi si riduceva la dote congrua o di paraggio, che ebbe tanto valore ne' mezzi tempi, e che veniva presso a poco ad uguagliarsi alla legittima (4).

---

mente, o con benefizio d'inventario, arg. art. 1444. Se la moglie, o i suoi eredi rinunziano alla comunione l'intero asse ne appartiene al marito, il quale deve pure soddisfarne tutti i debiti, art. 1444, 1445: se per contro l'accettano, gli utili ed i debiti della comunione si dividono in parti eguali tra i conjugi, eccettochè siasi diversamente pattuito, art. 1440, 1677, 1719.

(1) Teoria uniforme, art. 1388.

(2) Teoria uniforme, art. 1385, 1405 — Veggansi le seguenti note.

(3) Teoria uniforme, art. 1399 e seguenti.

(4) Per Codice civile nè il padre nè la madre hanno l'obbligo di dotare la figlia, e le ragioni sono tre — 1.° perchè la figlia dopo che ha compito i ventun anno è libera di maritarsi con chi meglio le piace, anche nel dissenso de' genitori, onde conveniva che questi avessero un' arma efficace per moderare i capricci di lei — 2.° perchè se si obbligassero i genitori a dotare la figlia, dovrebbero pure essere obbligati ad un assegnamento al figlio per causa di nozze, e ciò sarebbe di troppo peso — 3.° perchè si può calcolare sull'affetto de'genitori, e sulla loro premura di collocare la figlia in matrimonio, art. 63 e 147.

Digitized by Google

Del rimanente, oggetto della dote può essere tuttociò che sta in commercio, e che possa dare un utile al marito, e così mobili, stabili, diritti reali, diritti creditorii, rinunzia di diritti che il dotante ha verso il marito ecc. (1).

Tre divisioni si fanno della dote.

Profettizia se provviene dal padre, avventizia se provviene dalla stessa donna o da altri, e ricettizia se è costituita da un estraneo il quale pattuisca la riversione dopo lo scioglimento del matrimonio (2).

Necessaria se è costituita da chi ha l'obbligo di dotare, e volontaria se lo è da chi non ha tale obbligo (3).

Estimata, altrimenti detta quantitativa, quando il marito resta debitore del prezzo o di altrettanto. Inestimata o qualitativa, quando il marito deve restituire le stesse cose ricevute (4).

Premesse codeste idee, la teoria dotale, benchè molto complicata, può ridursi a due punti, cioè — 1.° alla costituzione di dote — 2.° ed a' rapporti giuridici che ne derivano durante il matrimonio, e dopo lo scioglimento di esso.

Costituzione di dote

§ 173. Per la costituzione dotale dobbiamo innanzi tutto ricordare tre principii.

Il primo è che la costituzione di dote è sempre un contratto sotto condizione, e la condizione è la esistenza valida del matrimonio. Così promessa la dote, non ha effetto se il matrimonio non è seguito; e data la dote, vi è diritto a restituzione se il matrimonio non segua, o se il matrimonio si dichiari nullo (5).

Il secondo è che per costituire la dote basta la intenzione, purchè sia certa, senza bisogno di dichiarazione espressa, e la ragione è che la costituzione dotale si riduce ad un atto di volontà il quale può essere anche tacito. E così se la moglie dotata divorziatasi dal ma-

---

(1) Teoria uniforme, art. 1388, 1389, 1409, 1412 e 1413.

(2) Essendo cessata la grande disparità che vi era tra il padre e la madre nel governo della famiglia, e non essendosi ritenuto per Codice civile nè l'obbligo del padre di dotare, nè la riversione legale pel padre (di cui parleremo ne' rapporti giuridici che derivano dopo le scioglimento del matrimonio), e ritenendosi soltanto la riversione pattizia art. 1017, questa prima divisione ha perduto importanza e non è fatta dal Codice.

(3) Questa seconda divisione non è oggi punto riconosciuta perchè i genitori non hanno obbligo di dotare la figlia.

(4) Questa divisione è oggi molto importante, e trova riscontro agli art. 1401, 1402, 1409, 1410 e 1412. Veggansi le seguenti note.

(5) Per Codice civile la teoria è uniforme, arg. art. 1157, 1158, e 1388.

Digitized by Google

rito vi si fosse poi riunita in matrimonio, s' intendea tacitamente ricostituita la dote primiera (1).

Il terzo è che la dote può essere costituita o aumentata tanto prima quanto dopo il matrimonio. Il diritto romano era così largo pel principio che la causa matrimoniale deve essere sempre favorita (2).

§ 174. Premessi codesti principii è a sapere che la dote o si dà o si promette. Se si dà, vi è il trapasso della proprietà, se si promette sorge una obbligazione del costituente. Ma per diritto romano la promessa era valida quando fosse stata accettata e quando la promessa e l'accettazione si fossero fatte solennemente per interrogazione e per risposta nelle forme proprie della stipulazione, di cui parleremo nella teoria contrattuale. Or se mancava codesta domanda e risposta, la promessa di dote era come non avvenuta e soltanto per eccezione era efficace quando la si fosse fatta dalla stessa donna che passava a marito ovvero dal padre o dal debitore di lei; e la ragione stava nella fiducia che le parole della futura moglie ispiravano, e nell'obbligo che il padre avea di dotare, e il debitore di pagare.

Onde si legge nei libri del diritto romano che la dote *aut dabatur*, *aut promittebatur*, *aut dicebatur*. *Dabatur*, quando si dava, e accadeva perciò il trapasso della proprietà. *Promittebatur* quando si prometteva con quella forma solenne. *Dicebatur*, quando tale forma mancava.

Le forme e i simboli romani vennero sempre perdendo di pregio. La causa dotale era sempre più favorita dal legislatore e si diede poi efficacia legale anche alla promessa di dote fatta senza quelle forme solenni, cosicchè bastò da ultimo la promessa di dote e l'accettazione, cioè bastò il consenso scambievole nella promessa di do-

(1) Per codice civile invece la costituzione dotale deve essere espressa, articolo 1388, benchè non si ricerchino parole sacramentali di *dote o costituzione dotale* art. 1131, e perciò la dote del precedente matrimonio non s'intende tacitamente costituita per un matrimonio posteriore, art. 1390. La ragione è che si sono voluti evitare litigii, ed è ancora che i contratti matrimoniali devono essere stipulati per atto pubblico, art. 1382.

(2) Il codice civile mantiene per tutti tale disposizione, meno però pe' coniugi i quali non possono costituire o aumentare la dote durante il matrimonio, articoli 1391 e 1398 cap. 2°. Ond'è che il marito, il quale prima del matrimonio può costituire la dote alle moglie, arg. art. 1391, dopo non lo potrebbe più. Vero è che la moglie può costituirsi i beni presenti e futuri, ma la costituzione di dote dev'essere sempre fatta prima del matrimonio, art. 1389, 1391. La ragione di quel divieto ai coniugi non solo è quella stessa per la quale son vietate le donazioni fra loro, cioè che a forza di carezze o anche di violenze potrebbero spogliarsi, art. 1054, ma più che altro per evitare il danno dei terzi, mentre i coniugi potrebbero costituire in dote quanto hanno e per la inalienabilità dei beni dotali potrebbero frodare i creditori che non abbiano ipoteca.

Digitized by Google

te per essere efficace in tutti i casi, e si ritenne che la dote *aut promittitur*, *aut traditur* (1).

Codesti sono i modi di costituzione per atto tra vivi, ma la dote si può anche costituire per testamento, e in tal caso la disposizione testamentaria forma l'atto costitutivo, e il diritto prende forza nel momento dell'apertura della successione. (2) Pel di più ci rimettiamo al legato di dote, di cui parleremo fra i legati.

§ 175. Ma che cosa accadrà se mai si è fatta ed è accettata la promessa di dote senza una determinazione precisa dell'oggetto? Per diritto romano la soluzione era diversa secondochè la promessa si fosse fatta da chi aveva l'obbligo di dotare, ovvero da chi non aveva tale obbligo. Se mai quegli cui correva cosiffatto obbligo avesse promesso di dare una dote senza precisare altro, egli dovea darla in proporzione delle sue sostanze e della condizione del marito, per la ragione che l'obbligo e la misura erano segnati nella legge, come abbiamo detto innanzi al § 172. Ma se mai si fosse obbligato a dar la dote chi non vi era astretto dalla legge, come ad esempio un estraneo, in tal caso bisognava distinguere tra la ipotesi in cui egli seccamente e semplicemente avesse promesso una dote, e l'altra ipotesi in cui si fosse rimesso all'arbitrio di un terzo, o almeno avesse dichiarato di volerla dare a suo arbitrio. Nella prima ipotesi non si aveva una obbligazione valida perchè era troppo indeterminata. Nella seconda valea l'arbitrio *boni viri*, perchè anche quando avesse detto il promittente che volea dar la dote a suo arbitrio, sempre s'intendea l'arbitrio di un uomo dabbene (Veggansi Arndts *Pandette*, § 397, Perezio al titolo del Codice *de dotis promissione* N. 3 e 4, Voet al titolo del Digesto *de iure dotium*, e le leggi da essi ricordate (3).

---

(1) Anche oggi la dote o si promette o si consegna, art. ed arg. art. 1388, 1389, 1397 e 1414. Ma sia che si prometta, sia che si consegni, deve esserne fatto un atto pubblico, art. 1382, perchè (come vedremo or ora) il contratto pecuniario di matrimonio è della massima importanza pe'contraenti e pe'terzi.

(2) Teoria uniforme, art. 1388.

(3) Per codice civile la cosa procede in modo diverso.

Primieramente non vi è obbligo nel padre di dotare, art. 147. In secondo luogo è certo che è valido il contratto quando l'oggetto di esso è determinato almeno nella sua specie, art. 1117, e la specie per codice civile (come meglio diremo nella teoria generale delle cose), rientra nella classe del genere dei Romani, arg. art. 840. Di più la quantità può essere incerta, purchè si possa determinare, art. 1117.

Or quando alcuno promette la dote alla donzella, promette certamente una cosa generica, la quale deve essere soltanto fissata nella quantità. Si è dunque nella ipotesi precisa dell'art. 1117, e la quantità si può determinare valutando specialmente la condizione del marito ed anche la sostanza di chi dota.

Quale sinistra impressione oggi si avrebbe se si considerasse un padre non

Digitized by Google

§ 176. Essendovi promessa di dote, è necessario conoscere se corrano gl'interessi, quante volte questi non fossero pattuiti. Per diritto romano decorrevano da due anni dopo il matrimonio, ed anche prima cioè dal giorno della citazione, se questa avesse avuto luogo (1).

§ 177. A compimento della costituzione di dote, ci rimane a parlare di due teorie, cioè de'patti dotali e della evizione.

Se, come si è detto innanzi al § 173, potea nella dote aversi il consenso tacito, è certo che per la dote non v'era per diritto romano bisogno di atto scritto. Ma intanto solea farsi una scrittura chiamata *instrumentum nuptiale*, *tabulae nuptiales*, *instrumenta dotalia*, *tabulae dotis*. Tale scrittura si facea specialmente per aver memoria sicura de'patti accessorii (*pacta nuptialia*) (2).

Or, per riguardo a tali patti, vi sono due principii.

Il primo è che vi è libertà in colui che costituisce la dote d'imporre quei patti che crede (*legem dicere*) perchè chi dona può imporre condizioni. E così il dotante può pattuire la riversibilità a sè o ai suoi eredi dei beni dati in dote, può pattuire la restituzione ad un terzo. Ma la libertà d'imporre patti non è sconfinata, perciocchè ha dei limiti che la legge determina nell'interesse pubblico (3).

Il secondo è che sono permesse le mutazioni e prima e dopo il matrimonio, ma col consenso di tutti gl'interessati, cioè del dotante, della dotata, e del marito di lei. Per altro anche la libertà di fa-

---

obbligato a dotare la figlia dopochè ne ha fatto promessa, sia pure generica, nel contratto nuziale? Nessun giudice lo manderebbe assoluto. Lo stesso dicasi ad esempio di un signore che nel contratto di matrimonio di una sua domestica con un facchino, avesse promesso di dotarla, e così via via. È certo che la legge si presta, tanto più che la posizione giuridica romaaa è variata, non essendovi più dovere, pel padre, di dotare la figlia.

(1) Per codice civile gl'interessi decorrono dal giorno del matrimonio contro coloro che hanno promesso la dote, quantunque siasi pattuita dilazione, se non vi è stata stipulazione in contrario, articolo 1397. Il codice è più rigoroso in questo punto, e con ragione, perchè i pesi del matrimonio non si lasciano molto aspettare.

(2) Per codice civile non solo la costituzione di dote, ma qualunque contratto pecuniario di matrimonio dev'essere stipulato per atto pubblico avanti notaio, art. 1382. La ragione è che si tratta di un contratto della massima importanza perchè vi mettono capo gl'interessi materiali e morali della donna e della famiglia, gl'interessi collettivi e più elevati della società, e gl'interessi non meno legittimi del credito e de'terzi.

(3) Per codice civile è riconosciuta nel dotante la libertà d'imporre patti entro determinati limiti i quali son fissati per interesse pubblico, art. 1378 e seg. Ma la riversibilità può pattuirsi nel caso di scioglimento del matrimonio e di premorienza della dotata, o della dotata e suoi discendenti al donatario. Inoltre a tale diritto non si fa luogo che a benefizio del solo dotante, argom. art. 1071.

Digitized by Google

re tali mutazioni è ristretta a determinati confini nell'interesse pubblico (1).

I limiti poi che per l'interesse pubblico vengono imposti così al primo come al secondo principio, sono i seguenti:

1.° I patti e le mutazioni non debbono ripugnare alle leggi e ai buoni costumi. Onde non si ammettono nella dote patti di futura successione, patti che non si dovesse rispondere civilmente di furti fra coniugi (ovvero che non si dovesse prestare il dolo nella cosa dotale) patti che potessero i coniugi durante il matrimonio farsi donazione tra loro ecc. (2).

2.° I patti e le mutazioni non debbono avversare la natura e l'indole della dote, onde non sono validi quei patti che rendono inane o inutile la dote nelle mani del marito, come ad esempio che il marito non debba percepire i frutti, o che percepiti li debba restituire, o che le spese fatte sulla cosa dotale (come cosa e non per averne i frutti) non debbano essergli compensate (3).

3.° I patti non debbono render deteriore la causa dotale, onde non sono validi quelli pei quali la donna resterebbe in tutto o in parte indotata, come ad esempio che, premorendo il marito, i beni dotali dovessero devolversi in tutto o in parte ai figli nati dai coniugi e non alla vedova; o che dovesse darsi alla vedova meno della dote costituita; o che il marito non dovesse prestar la colpa; o che potesse deteriorare i beni dotali (4).

4.° I patti non debbono offrire occasione a turbare la pace coniugale, onde non era permesso al marito di dare fideiussori per guarentigia della costituzione della dote, essendo codesto un favore troppo sentito per la moglie, la quale deve aver fiducia nel marito senza cercare per esso guarentigia dai terzi (5).

§ 178. Rimane a parlare della evizione.

---

(1) Questo secondo principio è difforme perchè sono permesse le mutazioni soltanto prima del matrimonio e col consenso di tutti gl'interessati, e le mutazioni son vietate dopo il matrimonio per evitare frodi ai creditori o alla legge, la quale pur vieta le donazioni fra coniugi, e queste potrebbero essere facilmente mascherate con le mutazioni medesime, art. 1383, 1384 e 1385. Inoltre il Codice civile ha esteso tanto il primo quanto il secondo principio agli altri due regimi della comunione e della separazione, mentre il diritto romano ne parlava per la sola dote. Vegg ansi i suddetti articoli.

(2) Il codice civile è uniforme ed estende questo limite a qualunque dei tre regimi, dotale, di comunione, e di separazione, art. 1379, 1380, 1381, 1054.

(3) Per codice civile la teoria è uniforme, art. 1379, 1380, 1399, 1408.

(4) Per codice civile la teoria è uniforme, art. 1379, 1380, 1408, 1409, 1410, 1411, 1412, 1413.

(5) Per codice civile non vi è riscontro essendo troppo delicati tali sentimenti, e volendosi sempre assicurare, se è possibile, la restituzione.

Digitized by Google

Se le cose date in dote vengono revindicate da chi ne è il vero proprietario, bisogna conoscere se il costituente della dote sia obbligato ad indennizzi.

Che vi sia tenuto quel costituente il quale avea il dovere di dar la dote, come era il padre, non vi è dubbio per la ragione semplicissima che egli non avrebbe mai adempito all'obbligo suo.

Ma se la dote si fosse costituita da chi non ne avea per legge il dovere, il diritto romano distingueva tra il caso in cui vi era stata promessa di dote (fosse poi, o non fosse seguita la dazione) e l'altro caso in cui vi era stata dazione della dote senza una regolare promessa, come ad esempio accadrebbe se si facesse un legato di dote per lo quale certamente non vi è promessa del testatore.

Quando vi fosse stata promessa, vi si trovava sempre l'obbligo del costituente, e se vi è obbligo si ha un vero contratto, e perciò bisogna prestar sempre la garenzia.

Quando poi non vi fosse stata promessa, il rigore dell'obbligo contrattuale non vi è, e invece si vede spiccatamente nella sua nudità la causa lucrativa, per la quale non è di regola richiesta la garenzia per evizione. Ma per questo caso si dovea distinguere se la dote si era data al marito estimata o inestimata, cioè come quantitativa o come qualitativa (Veggasi § 172). Data la dote estimata, il marito avea diritto alla garenzia, perchè egli che dovea restituire il prezzo, era considerato come un compratore. Data la dote inestimata, non vi era diritto a garenzia se non nel caso di dolo, perchè le azioni dolose debbono sempre perseguitarsi (1).

RAPPORTI DI DIRITTO CHE DERIVANO DALLA DOTE

§ 179. Tali rapporti variano secondochè si tratti del tempo in cui dura il matrimonio, ovvero del tempo posteriore, cioè dopo avvenutone lo scioglimento.

Ma sia l'uno o l'altro tempo, molti rapporti mettono capo alla distinzione di dote estimata o inestimata, cioè di dote quantitativa o qualitativa, di cui abbiamo fatto cenno al § 172. Ond'è mestieri che qui ne parliamo di proposito.

---

(1) Per codice civile chi costituisce la dote è sempre tenuto alla garenzia art. 1396. La ragione è che la dote ha non solo la causa lucrativa di fronte alla donna beneficata da chi non ne aveva il dovere, ma ha anche la causa onerosa di fronte al marito, dovendo questi sostenere i pesi del matrimonio, pei quali appunto la dote gli vien data. Codeste due cause che concorrono nella dote erano pur riconosciute in diritto Romano, il quale però si era perduto in sottigliezze che il codice non ha voluto riconoscere.

Digitized by Google

Quando per dote si assegnino cose mobili od immobili, possono tali cose darsi al marito con la stima del loro valore, o senza la stima; e dandoglisi le cose medesime con la stima, questa può esser fatta nel fine di costituire il marito debitore del prezzo delle cose che gli si danno, ovvero può esser fatta per tutt'altro fine e specialmente per conoscere a quale somma ammonti la dote, o per avere una base sicura per la responsabilità che ha il marito delle deteriorazioni che avvenissero per colpa di lui durante il matrimonio.

Se la stima è fatta nel fine di rendere il marito proprietario delle cose e costituirlo debitore del prezzo, il rapporto è analogo alla compravendita, come se quegli il quale ha costituito la dote avesse venduto le cose per un prezzo determinato al marito, e gli avesse poi rilasciato tale prezzo a titolo di dote della moglie. Ecco perchè si dice che in tal caso la stima vale vendita, che la stima si è fatta *venditionis caussa*, essendo il fine della stima quello di render padrone della cosa il marito e tenerlo responsabile del prezzo di essa.

Se poi la stima è fatta per tutt'altro fine, come per avere una idea del valore della dote, o una base per le deteriorazioni, allora il rapporto non è più analogo alla vendita, ma invece si accosta con una certa analogia, o al dominio revocabile o all'usufrutto, essendo in tal caso la stima una specie d'inventario e di descrizione dello stato in cui le cose si trovano. Tale stima vien detta *taxationis caussa*, quasi che le cose fossero state *taxatae*, cioè indicate nel prezzo.

Or per Diritto Romano, fatta la stima delle cose che si davano in dote, si presumeva che la si fosse fatta *venditionis caussa*, cioè per rendere il marito proprietario delle cose medesime e costituirlo debitore del prezzo, cosicchè sciolto il matrimonio egli era obbligato a pagare tale prezzo, senza poter pretendere di restituire le cose avute in dote.

Ma se, facendosi la stima, si dichiarava che a questa si procedeva unicamente per conoscere il valore delle cose dotali, o per tutt'altro fine diverso da quello di costituir debitore del prezzo il marito, allora quella presunzione mancava, si avea la stima *taxationis caussa*, ed il marito, sciolto il matrimonio, dovea restituir le cose avute e rispondere de' danni accaduti per sua colpa.

Nel dubbio se la stima si fosse fatta *venditionis*, ovvero *taxationis caussa*, si manteneva quella presunzione, cioè si riteneva la stima *venditionis caussa*.

La dote di cose stimate *venditionis caussa* si chiama dote *quantitativa*, perchè il marito deve una *pecuniae quantitas*; e invece la dote di cose stimate *taxationis caussa*, ovvero inestimate, si chiama dote *qualitativa* perchè il marito è tenuto a restituire la *species* ricevuta.

Digitized by Google

Intanto per le cose fungibili date in dote, cioè per quelle che possono essere surrogate da ogni altra cosa dello stesso genere, e che i Romani dicevano constare di peso, di numero, e di misura, come denaro, grano, olio, vino ecc, si avea un rapporto analogo al mutuo, perciocchè il marito ne diveniva proprietario, ed era obbligato a restituirne altrettanto dopo sciolto il matrimonio. E la ragione è che tali cose *in hoc dantur ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat*, *et quandoque soluto matrimonio ejusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse*, *vel heres ejus* Fr. 42. *De jure dotium* 23, 3.

La dote di cose fungibili, sebbene partecipasse della dote quantitativa e della qualitativa, essendo il marito tenuto restituire a suo tempo cose della medesima quantità e qualità, pure si ritiene come quantitativa, perchè si danno in proprietà, e perchè nelle cose fungibili la quantità presenta d'ordinario il maggiore interesse (1).

Vedutosi così in che consiste la dote estimata e quella inestimata, passiamo a discorrere de' rapporti giuridici durante il matrimonio, e dopo lo scioglimento di esso.

Rapporti giuridici durante il matrimonio.

§ 180. Come abbiamo detto al § 172 due sono i principii sopra cui si aggira tutto il sistema dotale, cioè—1.° il godimento della dote, nell'interesse del marito — 2.° la sicurezza della dote, nell'interesse della moglie. Entrambi i conjugi hanno dunque de' diritti sulla dote durante il matrimonio, e vediamo come tali diritti sono stati conciliati e regolati.

---

(1) Per Codice civile si è ritenuta la presunzione di diritto romano soltanto pe' mobili.

Laonde oggi la stima de' mobili vale vendita, purchè non si sia dichiarato che la stima non ne attribuisce la proprietà al marito. La stima degl'immobili non vale vendita, purchè non si sia dichiarato che la stima ne attribuisce al marito la proprietà.

In altri termini la stima fa presumere il trapasso della proprietà, cioè la vendita, ne' soli mobili, e non la fa presumere per gli stabili senza una espressa dichiarazione, art. 1409 e 1410. La ragione è che ordinariamente così s'intende, e così è nella intenzione de' contraenti ne' capitoli matrimoniali, e sta ancora nel maggior pregio degli stabili che non si possono di leggieri passare in proprietà con una semplice presunzione. Nel dubbio deve perciò presumersi, contrariamente al diritto romano, che gl'immobili non sieno passati in proprietà del marito.

Le cose fungibili s'intendono anche oggi date in proprietà per la medesima ragione che valea in diritto romano, arg. art. 1401 e 1410.

Digitized by Google

Diritti del marito.

§ 181. Il marito durante il matrimonio ha sulla dote diritto di dominio.

Poichè per tale diritto, e per alcuna cosa che si dà in dote vi è contrasto fra gli antichi e moderni scrittori di diritto romano, ad intender bene questo punto, è mestieri passare a rassegna gli oggetti che possono esser dati in dote.

Può formarne oggetto o un diritto, ovvero una cosa corporale.

Se si tratti di diritti, siano questi reali come un usufrutto, un'enfiteusi, siano personali come un credito, sempre accade una delle tre, cioè—1.° o tali diritti prendono vigore con la costituzione di dote (ad esempio assoggettando per dote l'usufrutto di un fondo, ovvero promettendo per dote una somma) e in tal caso il marito gode del diritto reale finchè duri il matrimonio, e può esigere il credito restituendone il prezzo quando il matrimonio è sciolto — 2.° o tali diritti sono già esistenti (ad esempio costituendo in dote un diritto di enfiteusi precedentemente con altri stabilita, ovvero cedendo un credito) e allora il marito godrà del diritto reale durante il matrimonio, e può esigere il credito restituendone il prezzo dopo sciolto il matrimonio — 3.° o tali diritti si fanno cessare (ad esempio dando per dote l'usufrutto che si avea sopra un fondo del marito, ovvero un credito che si vantava contro il marito) e in tale ipotesi il marito non è soggetto al diritto reale durante il matrimonio, nè deve pagare il debito e molto meno gl'interessi fino a matrimonio sciolto.

Come si vede, durante il matrimonio, il marito ha il quasi dominio che è proprio de'diritti (1).

Passiamo ora alle cose corporali che si dessero in dote.

Se si tratti di cosa fungibile, egli ne gode e dispone pienamente e dovrà rispondere come un mutuario del *tantundem* dopo sciolto il matrimonio, come abbiamo già detto al § 179 (2).

Se sia cosa non fungibile ma estimata *venditionis caussa*, il marito n'è padrone assoluto, e deve risponderne del prezzo, a somiglianza di un compratore, come si è detto allo stesso § 179 (3).

Se sia cosa non fungibile ma estimata *taxationis caussa*, gl'interpetri contrastano, alcuni sostenendo che il marito ne à il dominio, altri dicendo che ne ha l'usufrutto; ma il contrasto è puramente teo-

(1) Per Codice civile, la teoria è uniforme, arg. art. 1399, 1412 e 1413.

(2) Per Codice civile, la teoria è uniforme, arg. art. 1401 e 1410.

(3) Per Codice civile la teoria è uniforme, art. 1401 e 1402.

Digitized by Google

rico e senza interesse pratico perchè e gli uni e gli altri riconoscono nel marito identici diritti. Vale a dire gli uni sostengono che i diritti del marito, relativamente alla dote costituita sopra cosa non fungibile ed estimata *taxationis caussa*, si risolvono in un dominio, e gli altri invece dicono che si risolvono in un usufrutto.

Ma quali sono questi diritti?

I diritti che appartengono al marito sulla dote, qualunque sia l'oggetto di questa, si riducono a due, cioè al godimento della cosa dotale, ed all'esercizio di tutte le azioni che spettano al proprietario.

Essendo del marito il godimento, egli fa suoi i frutti della cosa, e se li toglie per sostenere i pesi del matrimonio. Fa suoi anche gli accrescimenti, ma questi si considerano come accessioni della dote, e perciò li gode e ne percepisce i frutti, ma deve restituire tali accrescimenti come aumento del patrimonio dotale, purchè non si tratti di fondo estimato *venditionis caussa*. Così, aumentato il fondo per alluvione, il marito lo semina e si prende i frutti, ma, al termine del matrimonio, il fondo deve restituirsi alla moglie con tale aumento, se pure non fu stimato *venditionis caussa* nella quale ipotesi deve pagare soltanto il prezzo della stima fatta nel contratto dotale. Fra gli accrescimenti sta il tesoro, ma perchè il marito è stato quegli che lo ha trovato, il tesoro va diviso a metà, onde la metà entra nel patrimonio esclusivo del marito, come inventore senza obbligo di restituzione, e deve restituirsi l'altra metà dopo sciolto il matrimonio, percependone però il marito i frutti durante il matrimonio medesimo, cosicchè la seconda metà diviene dotale. E per corrispettivo di tale primo diritto, egli ha il dovere di sopportare i pesi, come ad esempio i tributi, e di usare sulla dote quello stesso grado di diligenza che egli adopera per le sue cose, sotto pena del risarcimento de' danni al tempo della restituzione.

Esercitando il marito tutte le azioni che spettano al proprietario, egli può revindicare la cosa dotale dalle mani di chiunque.

Or tali due diritti, e specialmente il secondo, son ritenuti, per opinione quasi unanime degl'interpreti moderni di diritto romano, come accennanti al dominio e non all'usufrutto che abbia il marito sulla dote durante il matrimonio (1).

---

(1) Ma la opinione quasi unanime degl'interpetri moderni del Codice civile ritiene invece che il diritto del marito è di usufrutto e di amministrazione con larghi ed estesi poteri, sia perchè sempre la moglie à il diritto alla restituzione della specie quando non si tratti di cosa fungibile o di cosa stimata *venditionis caussa*, onde si vede che conserva la proprietà; sia perchè la legge impone per tali cose al marito gli obblighi dell'*usufruttuario*, art. 1408; sia perchè taluni punti del diritto romano già accennati di sopra, si son variati, come ora diremo.

Digitized by Google

Diritti della moglie.

§ 182. Per la sicurezza della dote, la legge provvede — 1.° a vietarne l'alienazione—2.° a dar guarentigie per la restituzione dopo sciolto il matrimonio — 3.° a preservar la dote da'pericoli imminenti che ne minaccino la perdita.

§ 183. *Divieto di alienazione.*

Abbiamo veduto innanzi al § 181 che per diritto romano il marito durante il matrimonio è ritenuto proprietario della dote, ed anche di quella qualitativa, cioè della dote inestimata ovvero stimata *taxationis caussa*.

Or è una conseguenza del diritto di proprietà di poter alienare la cosa, e così fu a' tempi romani, e ben poteva il marito alienare la dote. Ma per la legge Giulia *de adulteriis* fu vietata l'alienazione degli stabili dotali italici senza il consenso della moglie, e fu vietato il pegno di essi anche col di lei consenso, perciocchè la donna difficilmente aderisce a perdere il fondo, ma cede con qualche facilità al pegno perchè ha la speranza di pagare.

Giustiniano poi vietò qualunque alienazione anche col consenso della moglie, ed estese il divieto anche a' fondi provinciali.

Per lo che questo Imperatore vietò per gli stabili dotali — 1.° ogni alienazione—2.° ogni pegno—3.° ogni concessione di diritti, come usufrutto ec: — 4.° ogni rinunzia di diritti inerenti a' fondi dotali, come di servitù ec., costituendo tali concessioni e rinunzie delle alienazioni parziali.

La inalienabilità menava alla imprescrittibilità, ma la usucapione cominciata non restava interrotta per fatto della costituzione dotale.

Essendo il marito usufruttuario,segue che egli à il diritto al godimento delle cose dotali e degli accrescimenti, ma con l'obbligo della restituzione, art. 477 e 1409. In quanto al tesoro il marito à il diritto alla metà come inventore, art. 714, ma non diviene dotale l'altra metà e perciò su di essa il marito non ha diritto a godimento, e spetta alla moglie come bene parafernale, art. 494, 1391 e 1425. La differenza dal diritto romano per riguardo al tesoro deriva appunto da che oggi si considera il marito come usufruttuario. A tale diritto corrispondono gli obblighi proprii di un usufruttuario, cioè il marito deve sopportare i pesi art. 506 e 1408, e deve adoperare la diligenza di un buon padre di famiglia, art. 497 e 1408, non già, in concreto, com'era per diritto romano, e ciò ribadisce semprepiù che oggi il marito è usufruttuario e non proprietario.

Ma anche oggi il marito à l'esercizio di tutte le azioni che spettano al proprietario, e così egli solo à il diritto di agire contro i debitori e *detentori* della dote, di riscuotere i frutti e gl' interessi, e di esigere la restituzione de' capitali, art. 1399. In realtà il marito se è oggi un usufruttuario, à un diritto *sui generis*, avendo egli facoltà esorbitanti.

Digitized by Google

Per altro si avverta bene che tutti codesti divieti erano relativi ai soli immobili, mentre i mobili poteano alienarsi, pignorarsi ecc. (1).

Se non che il principio del divieto ha parecchie eccezioni.

La prima è per le cose estimate *venditionis caussa*, cioè per la dote quantitativa, perchè il marito ne diviene padrone e può disporne, come abbiamo già detto nel § 179 (2).

La seconda è per una valida conversione dell'immobile dotale, come ad esempio per una permuta che riesca vantaggiosa, ovvero per giusti motivi come per urgente necessità di alimenti, di collocamento di figliuoli ec: (3).

La terza è pel caso in cui non v' è diritto a restituzione, come per la riversione pattuita a favore del costituente (4).

La quarta è quando l'alienazione non avviene per volontà de'conjugi, come ad esempio se fu dato in dote un fondo comune, e il comunista promuova la divisione, e per effetto di questa non ricada

---

(1) Per Codice civile il marito è usufruttuario con larghi ed estesi poteri, come abbiamo detto in nota al § 181, onde segue che non può alienare, pignorare, concedere diritti, e rinunziare ad essi, per rapporto alla cosa dotale, art. 1404, e 1405.

La inalienabilità mena alla imprescrittibilità, purchè la uscuapione non sia cominciata prima, art. 1408 e 2120 capov. 4.

Ma per Codice civile il divieto non è limitato agli stabili, e si estende anche a'mobili dotali, art. 1404 e 1407, perchè vale pe'mobili la stessa ragione che suggerisce il divieto dell'alienazione degli stabili, potendo la donna trovarsi senza dote quando questa fosse stata costituita in beni mobili in gran parte o in tutto. Bisogna qui per poco soffermarsi a spiegar la ragione della differenza tra il Diritto Romano e il Codice civile su questo punto.

Allorchè si era stabilito il divieto dell'obbligo della moglie, soltanto per gl'immobili dotali, si era creduto che bisognava limitarlo unicamente per questa specie di beni, perchè per i beni mobili, avendone l'amministrazione il marito, poteva egli alienarli senza il concorso della moglie, donde la supposta inutilità del divieto esteso anche a tali beni.

Però non si era avvertito che, quando il marito alienava egli i beni mobili, restava debitore del valore di tali beni a riguardo della moglie, e che la moglie poteva esperimentare utilmente questo diritto di credito su'di lui beni, su'quali avea la più ampia ipoteca, anche in difetto di stipulazione, ma che, ove l'obbligo personale della moglie si fosse riputato valido, sarebbe subentrato in questo di lei diritto d'ipoteca il di lei creditore, e così la moglie sarebbe rimasta spogliata della dote perdendo quella ipoteca che gliela assicurava.

Questo inconveniente fu rilevato, e ne'mezzi tempi il foro emendò l'inavvedutezza della legge, seguendo lo spirito della legge medesima.

(2) Teoria uniforme, art. 1401 e 1410.

(3) Teoria uniforme, ma, oltre al consenso del marito e della moglie, è necessaria l'autorizzazione del Tribunale art. 1405 e 1406.

(4) Teoria uniforme, art. 1071 e 1388.

Digitized by Google

a' conjugi alcuna parte del fondo ma spetti loro del danaro, il quale in tal caso diverrà dotale (1).

La quinta è se l'alienazione del fondo dotale, non valida dapprima, diventi valida per ratifica della moglie o degli eredi di lei dopo lo scioglimento del matrimonio, nel quale caso il vizio del contratto svanisce e il contratto resta fermo (2). Ma sempre sarebbe nulla l'alienazione fatta a condizione che abbia effetto quando sia sciolto il matrimonio, perchè non si può permettere che ciò che si proibisce direttamente possa farsi indirettamente. In tal caso il diritto sorgerebbe in un tempo in cui è vietato farlo sorgere, mentre per la ratifica il diritto si avrebbe quando può ottenersi, cioè dopo sciolto il matrimonio e per opera della moglie che resta sola interessata (3).

La sesta si ha quando per altre ragioni la moglie o gli eredi di lei non abbiano diritto d'impugnare la validità dell'alienazione. Così la prescrizione cominciata prima del contratto nuziale, continua non ostante il matrimonio, e compiuta che sia, la moglie non avrebbe più diritto sul fondo dotale divenuto proprietà del terzo, salvo a lei l'azione contro il marito (4). Così ancora se il fondo dotale alienato dal marito

(1) Teoria uniforme, arg. art. 1404 e 1405, ed oggi tanto più perchè la divisione è dichiarativa.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 1407 e 1410.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 1307.

Il Codice civile dichiara inoltre che, sciolto il matrimonio, si può procedere su'beni che costituivano la dote, anche per le obbligazioni contratte dalla moglie durante il matrimonio. V'era difficoltà ad ammetterlo, perchè è facile con questa via di far frode al principio della inalienabilità della dote durante il matrimonio, mentre la moglie può far debiti, sia pure con l'autorizzazione del marito, ed esposta dopo sciolto il matrimonio all'azione de'creditori su'beni dotali, si troverà senza dote.

Ma prevalse la opinione contraria, e si ritenne che i creditori della moglie, divenuti tali durante il matrimonio, potessero dopo lo scioglimento di questo agire su'beni già dotali, per le seguenti ragioni — 1. perchè, sciolto il matrimonio, non esistendo più la dote, non si può impedire a'creditori di procedere su'beni che la costituivano, dovendo la legge tutelare la dote infino a che il matrimonio duri — 2. perchè sarebbe stato incongruo il proibirlo a'creditori anteriori, e permetterlo a'posteriori — 3. perchè la moglie, avendo profittato de'debiti che ha contratto, la giustizia e l'equità richieggono che li paghi quando riacquista la libera disponibilità de'suoi beni — 4. perchè, avvenuto che sia lo scioglimento del matrimonio, non si deve nè si può più distinguere tra i beni parafernali e i dotali, ed anche perchè potendo la moglie vendere i beni già dotali ed impiegare il danaro che ne riscuote in nuovi acquisti, mutui, o altrimenti, non si potrebbero impedire le azioni de'creditori su questi ultimi senza ricercare l'origine de'medesimi, ciò che sarebbe contrario a tutti i principii, e senza sollevare liti e contestazioni e andare incontro a moltissime difficoltà.

(4) Teoria uniforme, art. 1408 e 2120 capov. 4.

Digitized by Google

viene a ricadergli per lucro dotale dopo la morte della moglie, gli eredi di questa niente possono opporre perchè mancano d'interesse (1).

§ 183. *Guarentigie per la restituzione.*

Il marito non è obbligato a guarentir la dote, e molto meno a trovare altri che la guarentisca, per la ragione che come la moglie non ha avuto difficoltà di affidar sè stessa a lui, non deve neanche trovarne pei beni costituiti in dote. D'altro canto la pace domestica verrebbe ad esser turbata, se mai fosse permesso alla moglie di tormentare il marito pretendendo guarentigie della dote da lei portata (2).

Ma la prima guarentigia per la restituzione dopo lo scioglimento del matrimonio sta nel divieto della restituzione durante il matrimonio. Che se fosse permessa la restituzione innanzi tempo, si urterebbero i due principii dominanti il sistema dotale, perchè facilmente accadrebbero dilapidazioni, mancherebbe sicurezza alla dote, e mancherebbero i mezzi al marito per sostenere il peso della famiglia.

Inoltre, anche quando codesti pericoli non vi fossero, la restituzione della dote costituirebbe una donazione che è vietata tra conjugi, perchè il marito verrebbe a privarsi del godimento della dote e se ne vantaggerebbe la moglie (3).

---

(1) Teoria uniforme art. 1398.

Intanto per Codice civile vi è un' altra grave eccezione al divieto di alienare od ipotecare la dote, e la si à quando nel contratto di matrlmonio ne é stata permessa l'alienazione o l'ipoteca, art. 1404. Le ragioni sono tre — 1.ª La prima consiste nella libertà che deve sempre lasciarsi ai contraenti di stipulare le loro convenzioni, nel modo che meglio loro talenta senza opporvi altre restrizioni che quelle che sono d'ordine pubblico o che riflettono i buoni costumi— 2.ª La seconda è che se può la sposa non costituirsi alcuna dote e conservare come parafernali tutti i suoi beni, e perciò a libera sua disposizione, non si vede ragione perchè costituendo la dote non possa stipulare l'alienabilità col consenso del marito, essendo evidente che chi può fare il più possa anche fare il meno — 3.ª La terza è che i patti nuziali vengono generalmente stabiliti non tanto dagli sposi, quanto dai parenti, i quali con grande cautela ed accorgimento riguardano segnatamente all'interesse economico della famiglia nascente.

(2) Teoria uniforma, art. 1400.

Ma vi è tenuto il marito se vi si è obbligato nella costituzione dotale, perchè in tal caso vi è la legge del contratto, art. 1400.

Per altro il Codice dà facoltà al Tribunale di ordinare le cautele opportune per la sicurezza della dote quando concorrano le tre seguenti condizioni — 1.° che vi sia l'istanza di colui che ha costituito la dote o che ne è debitore— 2.° che questi sia nel numero delle persone tenute alla prestazione degli alimenti — 3.° che dopo le nozze sia sopraggiunto nel patrimonio del marito un trasformamento o una diminuzione per cui venga la dote ad essere in pericolo, art. 1400 capov.

(3) Teoria uniforme, art. 1409 e seguenti.

Digitized by Google

Più direttamente per la sicurezza della dote il diritto antigiustinianeo concedea alla moglie due privilegii. Il primo era di esser pagata dopo sciolto il matrimonio a preferenza degli altri creditori personali del marito. Il secondo era il diritto di prelevare le cose dotali, anche quando si fossero date con la stima *venditionis caussa*, se mai ancor si trovassero nel patrimonio del marito, come pure di prelevare le cose acquistate col denaro dotale.

Giustiniano intorbidò questo punto di diritto con improvvide disposizioni, troppo tenero come egli era ai pianti delle donne.

Cominciò egli dapprima a concedere una ipoteca legale occulta per la dote, e fin quì la cosa era tollerabile perchè veniva rispettato il diritto dei precedenti creditori ipotecarii.

Ma poi diè un passo innanzi che riuscì assai funesto, dappoichè a tale ipoteca concesse il privilegio di preferenza su tutti i creditori anche ipotecarii precedenti. Il credito ne restò scosso, e la buona fede dei terzi venne tradita, perchè mentre un creditore ipotecario credeva esser sicuro, bastava che il debitore avesse preso moglie e sciupato la dote, per esser posposto a costei, e non essere pagato.

Risorta la giurisprudenza, non fu accettata tale enormità, e nonostante che i paesi fossero generalmente retti dal diritto romano, per questo punto si variò, e quasi dappertutto venne tolto il diritto di preferenza sulle ipoteche anteriori (1).

§ 184. *Preservazione della dote da' pericoli.*

Quando la dote nelle mani del marito passi pericolo o perchè egli la sciupi senza averne avuta guarentigia, o perchè il patrimonio di lui sia così disordinato che faccia temere la perdita della dote, è giusto che la moglie sia soccorsa, e la dote sia messa in salvo restituendola a lei, e quante volte il pericolo sia imminente è anche giusto che si corra con un sequestro.

Provveduto così all'interesse della moglie era mestieri non perder di mira i due principii dominanti il sistema dotale, cioè la sicurezza della dote e l'ajuto ai pesi del matrimonio, onde è disposto che la moglie riavrà i beni, se li godrà, ne terrà l'amministrazione, ma essi restano dotali e per conseguenza inalienabili. Ed è disposto ancora che la dote non deve essere sottratta alla sua destinazione cioè *ad sustinenda matrimonii onera* (2).

---

(1) Come meglio si dirà nel sistema ipotecario, il Codice civile non ha concesso alla dote alcun privilegio, ma soltanto l'ipoteca legale, la quale, come ogni altra, deve essere pubblica mediante la iscrizione, speciale per la somma e per la determinazione de'beni ipotecati, e prende data dal giorno della iscrizione medesima, art. 1969 N. 4, 1981, 1982, 2007.

(2) La separazione della dote è cosa molto grave perchè costituisce una derogazione al contratto di matrimonio. D'altro canto tale separazione molt

Digitized by Google

RAPPORTI GIURIDICI DOPO SCIOLTO IL MATRIMONIO.

§ 185. Sciolto il matrimonio, la dote si deve restituire. Ma se per regola generale si deve restituire ciò che si è ricevuto, e ciò che si prova essere stato ricevuto, in materia dotale la prova molte volte è fallace, perciocchè si fanno di leggieri bugiarde dichiarazioni. Il giovine smanioso di possedere la donna di cui è vago, facilmente dichiara avere ricevuto per dote una somma che non gli si è punto data. Inoltre le famiglie tengono non rade volte a che si faccia pompa di ricca dote ne' capitoli nuziali, senza che nella realtà esista. Ciò spiega la ragione del principio stabilito nella L. 1. C. *de dote cauta non numerata* 5. 15. — *Dotem numeratio non scriptura dotalis instrumenti facit.*

---

volte si fa per frodare i creditori. Onde il Codice regola la materia con qualche cura.

La sola moglie può domandare la separazione, perchè la sicurezza della dote è soltanto di suo interesse, art. 1418. Non possono domandarla i creditori di lei, i quali vi troverebbero vantaggio per esser pagati sui frutti, se pure la moglie stessa non vi consenta, e la ragione è che nella dote si concentrano interessi svariati, cioè pecuniarii, morali, e sociali, art. 1421.

La separazione della dote si può domandare in due casi, cioè: 1° quando la moglie è in pericolo di perderla—2° quando vi ha sentenza di separazione personale contro il marito, art. 1418.

L'effetto della separazione è di restituire alla moglie il godimento dei beni dotali, e la libera e piena amministrazione di essi, art. 1423, 1424. Ma restano fermi i due principii che dominano il sistema dotale, cioè la sicurezza della dote e l'ajuto nel sostenere i pesi di famiglia, perchè la separazione non toglie la inalienabilità, art. 1424, nè il destino nel concorso ai pesi del matrimonio, art. 1423.

Che se fosse urgente la separazione per un pericolo imminente, niente vieta anche oggi di far procedere ad un sequestro, art. 924 Codice di Procedura civile.

Se non che dovea provvedersi all' interesse dei creditori perchè molte volte codeste separazioni di dote si fanno per frodar costoro — E così, pongasi ad esempio un marito che abbia per moglie una ricca donna, e niente possegga del suo, ed abbia contratto molti debiti, i creditori di lui possono agire sui frutti della dote, perchè questi sono del marito. Or se per evitare tale pagamento si concertino marito e moglie per una separazione di dote, questa torna nelle mani della moglie ed i creditori del marito non possono esser pagati. La legge per ciò sovviene i creditori con due distinte disposizioni. Con la prima dà facoltà ai debitori del marito di intervenire al giudizio di separazione e far valere le proprie ragioni per dimostrar la frode, anzi concede loro di reclamare anche contro una separazione già eseguita, non dovendo mai la frode esser protetta, art. 1422. Con la seconda la legge eleva una presunzione di frode se la sentenza di separazione di dote non è subito eseguita, poichè quando in realtà vi sia il pericolo di perdita della dote, la moglie non indugia punto a ritirarla, art. 1419.

Digitized by Google

Or come venne in Diritto Romano regolata la prova della ricezione della dote?

Specialmente a' tempi di Giustiniano soleasi scrivere nel contratto dotale che la dote era stata data al marito, mentre ciò molte volte non era vero, e tutto al più la dote era stata soltanto promessa. Per lo che quell'Imperatore stabilì che non ostante la prova derivante dalle tavole nuziali, fosse lecito al marito o agli eredi di lei di opporre la *exceptio non numeratae pecuniae*, cioè di dire che la dote non gli si era data, ma tale eccezione dovea farsi tra l'anno dallo scioglimento del matrimonio. L. 3. C. *de dote cauta non numerata* 5. 15. Fatta in tal tempo la eccezione, si riversava sulla moglie o sugli eredi di lei la prova della effettiva consegna della dote.

Posteriormente il medesimo Imperatore variò questo punto di diritto e dispose che se il matrimonio non fosse durato più di due anni, potea il marito presentar quella eccezione durante l'anno dallo scioglimento del matrimonio: che se fosse durato più di due anni e meno di dieci, il marito avea soltanto tre mesi di tempo per avvalersi della eccezione: che egli non potea più farla se il matrimonio fosse durato più di dieci anni.

La ragione era che non può presumersi che il marito non affacci alcuna pretensione per la dote, mentre sente per oltre un decennio tutto il peso del matrimonio, per lo che il silenzio di lui indicava l'effettuata dazione. Novella 100 (1).

(1) Per Codice civile, è regola generale che la donna o gli eredi di lei, che domandino la restituzione della dote, debbono provare di averla il marito ricevuta, e la prova si fa con gli ordinarii mezzi probatorii. E il Codice non ammette punto la *exceptio non numeratae pecuniae*.

Ma può bene accadere che nel contratto di dote, vi sia stata semplice promessa senza dazione, e che sia decorso lungo tempo dal matrimonio, e non vi sia la ricevuta del marito. La legge dovea preoccuparsene perchè è troppo difficile che il marito, soffrendo i pesi di famiglia, non pensi ad aver la dote promessa. Onde ha stabilito che scorsi dieci anni dopo la scadenza de'termini stabiliti al pagamento della dote, sorge la presunzione del pagamento, e la moglie e suoi eredi possono pretendere la restituzione senza provare che il marito abbia ricevuto la dote. Per altro vi sono due eccezioni. La prima è che tale presunzione cessa se il marito giustifichi avere usate inutilmente tutte le diligenze per esser pagato, e la ragione è che la prova della richiesta fa veder nettamente che pagamento non vi è stato, onde la presunzione cade. La seconda è pel caso in cui la moglie fu quella che si costituì la dote, perchè sarebbe contrario alla convenienza che il marito fosse obbligato di fare una lite alla moglie per esser pagato della dote che si costituì nel contratto matrimoniale, e peggio sarebbe ancora rivolgere a danno del marito e come titolo contro di lui quel certo riguardo da lui usato verso la moglie a non pretendere durante il matrimonio la dote promessale, per lo che la moglie che siesi dotata *de suo* deve sempre provare che il marito ricevè la dote. Art. 1414.

Digitized by Google

§ 186. Dicevamo innanzi che sciolto il matrimonio, la dote si deve restituire.

Ma a chi e da chi se ne deve fare la restituzione?

Se il matrimonio si scioglie per morte della moglie, per diritto romano precedente a Giustiniano la dote profettizia restava al marito; ma se il padre della donna fosse sopravvivente, la dote tornava a lui, e il marito ne riteneva un quinto per ogni figliuolo, cosicchè se mai la donna avesse lasciato cinque o più figli, il marito riteneva tutta la dote. Giustiniano immutò questo punto e dispose che la dote passasse agli eredi della donna e non al marito, e che se il padre di essa fosse sopravvivente la dote tornasse a lui, ma se vi fossero figli la consuetudine e la pratica del foro impose che il marito ritenesse la dote.

Sempre nella ipotesi che il matrimonio si sciolga per morte della moglie, in quanto alla dote avventizia per diritto romano precedente a Giustiniano la dote rimaneva al marito, e tornava al costituente nel solo caso che vi fosse stato patto di riversione. Ma Giustiniano dispose che la dote passasse non al marito, invece agli eredi della defunta moglie, salvo sempre patto di riversione a vantaggio del costituente.

Se poi il matrimonio si fosse disciolto per morte del marito, per divorzio, o a causa di qualche impedimento, la cosa era semplice perchè la dote tanto profettizia quanto avventizia dovea restituirsi alla donna o almeno il padre di lei dovea ritirarla e serbargliela, se pure per diritto di riversione non vi fosse stato obbligo di restituirla ad un terzo che l'avesse costituita con tale patto.

Come si vede, la differenza che più risalta tra l'uno e l'altro sistema consiste in ciò che l'antico diritto per la premorienza della moglie dava la dote al marito, mentre il diritto nuovissimo preferiva gli eredi della moglie. Per gli altri punti più importanti i due sistemi procedevan concordi e specialmente per la riversione legale al padre dotante, per la riversione pattizia al terzo costituente, per la restituzione alla donna laddove ella fosse sopravvissuta.

Ora la ragione di quella differenza è che al tempo di Giustiniano la dote avea preso più forza, e si era sempre più debilitato il principio della comunione che (si voglia o no) deve sempre trovarsi tra conjugi almeno in qualche lieve punto. Inoltre il conjuge a' tempi di Giustiniano fu tenuto in maggior considerazione nella successione dell'altro conjuge, come diremo parlando delle eredità, e nella successione della donna rientra la dote. La ragione della riversione legale della dote al padre dotante che sopravviva, specialmente nel caso che la donna non lasci figli, è *ne et filiae amissae et pecuniae dam-*

Digitized by Google

mum sentiret. La riversione pattizia al terzo che l'abbia costituita si spiega col rispetto alla fede contrattuale. La donna poi che sopravviva al marito ha diritto alla restituzione, perchè la dote alla fin fine si risolve in una donazione diretta più particolarmente a lei.

Vedutosi a chi si deve restituire la dote, rimane ad avvertire che sempre il marito è nell'obbligo di restituire, anche quando per suo consenso la dote si fosse presa da altri, e la ragione è che la dote si dà *ad sustinenda matrimonii onera*, ond'egli è responsabile per il solo fatto della costituzione dotale. Per altro l'azione, che può sempre rivolgersi contro il marito, può bene spingersi anche contro di quello che ebbe in sue mani la dote, e che viene ad essere un condebitore (1).

§ 186. Dobbiamo ora parlare dell'oggetto della restituzione e del tempo in cui questa deve farsi.

In quanto all'oggetto bisogna passare nuovamente a rassegna le cose che possono darsi in dote, e di cui abbiamo parlato innanzi al § 186

Se si tratti di diritti reali dati in dote (come un usufrutto, una enfiteusi) il marito lascia di goderne e restituisce il diritto avuto (2).

Se di diritti personali, il marito versa il denaro esatto, e quando non ne abbia fatta esazione restituisce le scritture, non essendo egli tenuto della solvibilità de' debitori. Ma egli però risponde quando per sua colpa il credito sia perito, come ad esempio per aver fatto decorrere la prescrizione ovvero per non avere agito pria che il debitore divenisse insolvibile (3).

Se di cosa fungibile, il marito ne restituisce altrettanto, sia qualunque l'evento per lo quale egli avesse sofferto una perdita, come ad esempio per furto di danaro datogli in dote, e la ragione è che per le cose fungibili egli ha la veste di mutuatario, come si è detto al

---

(1) Per Codice civile, la restituzione della dote si fa sempre alla moglie o a'suoi eredi, si tratti di dote profettizia o avventizia, si sciolga il matrimonio per morte della moglie o del marito, ovvero per un impedimento derimente.

Non è più ammessa riversione legale al genitore che abbia costituita la dote: se egli la vuole, ne formi un patto ne'capitoli nuziali. Codesta riversione è stata sempre fomite di liti accanite, e d'altro canto il padre non à più oggi l'obbligo di dotare.

Si rispetta la riversione pattuita sia dal padre, che dal terzo costituente perchè vi è la legge del contratto.

Il marito è anche oggi tenuto alla restituzione della dote, benchè altri col suo consenso l'abbia ricevuta, come ad esempio il suocero, e l'azione può rivolgersi contro di entrambi.

- Arg. art. 1409, 1410, 1411, 1412, 1413, 1415, 1416.

(2) Teoria uniforme, art. 1413.

(3) Teoria uniforme, art. 1412.

Digitized by Google

§ 179 (1). Quando poi col danaro dotale il marito abbia comprato uno stabile, questo diverrà dotale soltanto allora che l'acquisto si facesse a base di un patto stabilito nel contratto di dote: che se invece il marito di proprio moto abbia fatto quell'impiego di somma, la moglie vi ha un privilegio per la restituzione, privilegio che venne poi convertito nella generale e tacita ipoteca concessa da Giustiniano alle mogli, come abbiamo detto innanzi al § 183 (2).

Se di cosa non fungibile ma stimata *venditionis caussa*, il marito è debitore del prezzo di stima, rivestendo egli la qualità di compratore, come abbiamo già detto al § 179, e non deve punto restituire gli aumenti che la cosa avesse avuto (3).

Se di cosa non fungibile inestimata, ovvero stimata *taxationis caussa*, il marito restituisce le cose come si trovano al tempo dello scioglimento del matrimonio, essendo analoga la sua posizione all'usufruttuario, o al proprietario revocabile, ed essendo egli un *debitor speciei*, onde deve restituire anche gl'incrementi e rispondere di dolo e di colpa concreta, cioè di quella diligenza che è solito impiegare nelle sue cose (4).

Ma se il marito ha l'obbligo della restituzione, per converso ha il diritto di esser pagato delle migliorie fatte alla cosa dotale. Or le migliorie van distinte in *necessarie* quando la cosa sarebbe perita o deteriorata se la spesa non si fosse fatta, *utili* quando la cosa ha aumentato di valore, *voluttuarie* cioè di lusso quando la cosa è stata abbellita. Il diritto che ha il marito è di esser pagato delle spese necessarie ed utili, e di ritogliersi le voluttuarie quante volte, togliendole, non arrechi nocumento alla cosa che deve essere restituita. V'era pure diritto di ritenzione del fondo dotale fino al pagamento delle spese necessarie ed utili, ma Giustiniano volle abolita la *retentio ob impensas in res dotis factas* (5).

(1) Teoria uniforme, arg. art. 1401 e 1410.

(2) Se il marito impieghi la somma all'acquisto di uno stabile ed a base di un *pactum dotale*, lo stabile diverrà dotale. Ma gli estesi privilegii romani per la dote sono scomparsi, e vi è la sola ipoteca legale di cui abbiam parlato in nota al § 183.

(3) Teoria uniforme, art. 1401, 1402.

(4) Teoria uniforme, art. 1402, 1409, 1411. Ma oggi la colpa è in astratto, essendo oggi il marito equiparato ad un usufruttuario con estesi poteri, art. 1408.

(5) Per Codice civile le migliorie vanno distinte anche in necessarie, utili, e voluttuarie, come diremo a proprio luogo parlando delle migliorie. Anche oggi il marito ha il diritto di esser pagato delle spese necessarie ed utili, e di togliere le migliorie di lusso se non arrechi nocumento alla cosa che deve restituire arg. art. 495, 706, 1408, e 1491.

Per riguardo poi alla ritenzione, gli scrittori odierni di diritto civile son discordi, ma in presenza dell'art. 706 che dà il diritto di ritenzione al posses-

Digitized by Google

§ 188. Pel termine in cui la dote deve essere restituita si distingue la dote qualitativa dalla quantitativa. La prima deve restituirsi subito perchè trattandosi di specie, si presume che le cose siano presso il marito che ne gode. Ma per la seconda, cioè per la quantitativa si presume invece che il marito non l'abbia e che tenga impiegato il danaro o i generi fungibili per trarne utilità onde gli si concedeva la facoltà di pagare in tre rate annali, *annua*, *bima*, *trima die*. Però Giustiniano restrinse il tempo ad un solo anno (1).

Donazioni e sottrazioni tra conjugi.

§ 188. I rapporti di dritto relativamente al patrimonio dei conjugi si svolgono non solo pel triplice regime di separazione, di comunione e di dote, ma anche per le donazioni che l'un conjuge faccia all'altro e pei furti che si commettessero tra loro.

DONAZIONI TRA CONJUGI.

§ 189. Prima del matrimonio ogni donazione è permessa, e lo è anche ai minori i quali contraggono nozze, e che sieno assistiti da quelli che integrano la loro personalità, benchè di regola i minori non possono donare. Il favore con cui la legge guarda i matrimonî, il nesso che ripassa tra la capacità di contrarre matrimonio e la capacità di fare un contratto matrimoniale, spiegano la massima proclamata già fin dai tempi di Baldo *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptialia pacta*. E le donazioni ordinariamente si facevano ai tempi Romani, come ordinariamente si fanno oggi, nelle *tabulae nuptiales* cioè nei capitoli matrimoniali (2).

Vero è che prima del contratto pecuniario di matrimonio, e durante gli amori degli sposi, sogliono questi farsi de' piccoli doni, come gioielli, vesti, e somiglianti cose, e per questi mobili la donazione è anche valida e si sta alla teoria dei doni manuali.

Sia che si tratti di vere e proprie donazioni solenni, che gli sposi si facciano nei contratti matrimoniali o in atti autentici, sia che si tratti di doni manuali che si facciano precedentemente alle nozze,

---

sore di buona fede, ed essendo il marito un usufruttuario *sui generis* che si accosta al proprietario, sembra che dovesse la ritenzione oggi aver luogo e per le spese necessarie e per le utili.

(1) Per le stesse ragioni il Codice civile dispone che la dote qualitativa debba restituirsi subito dopo lo scioglimento del matrimonio; e che per la quantitativa vi sia il termine di un anno, art. 1409 e 1410.

(2) Teoria uniforme, art. 1052 e 1386.

Digitized by Google

sempre il principio di diritto è che le donazioni fatte prima del matrimonio son valide, perchè le donazioni adescano gli animi degli sposi, li rendono più amorevoli e solleciti per la loro unione, mirano a rendere più sicura e prospera la loro sorte futura, e la società vi trova il tornaconto vedendo sorgere una nuova famiglia.

Come poi vadano regolati gli effetti di queste donazioni laddove il matrimonio non si faccia, è stato già detto da noi parlando degli sponsali al § 136, e qui giova ripeterne più chiaramente il concetto.

Se la donazione si fa nei capitoli matrimoniali, è certo che la si fa sotto la condizione del matrimonio futuro, onde segue che se il matrimonio non avvenga non esiste più donazione. Può essere anche che nei capitoli matrimoniali si faccia una donazione senza sottoporla alla condizione del matrimonio, ma bisognerà in tal caso che la condizione sia espressamente esclusa, altrimenti per essersi fatta la donazione nel contratto nuziale, s'intende implicita tale condizione.

Riguardo poi ai doni manuali, possono questi farsi puramente e semplicemente, ma d'ordinario si fanno sotto la condizione almeno tacita che il matrimonio segua, o che non si receda capricciosamente dalla promessa. Sopra di ciò danno norma principale gli usi e le costumanze locali a cui gli sposi intesero rimettersi.

Tali donazioni si chiamano in Diritto Romano o col nome di *donationes* o coll'altro di *sponsalitiae largitates* (1).

§ 190. Per altro le liberalità tra gli sposi non sono sempre così semplici, mentre prendono invece un vario aspetto secondo il gusto dei tempi e dei luoghi.

Sarebbe lungo soffermarsi sopra questo argomento, e noi vogliamo limitarci soltanto a parlare della *donatio propter nuptias* del Diritto Romano e sopra il lucro dotale sorto nei mezzi tempi in varie regioni d'Italia.

Era costumanza nei tempi romani che la dote della moglie veniva

(1) Tanto per le donazioni ordinarie, quanto per i capitoli matrimoniali è necessario oggi l'atto pubblico, art. 1056 e 1382, trattandosi di cose della massima importanza. Pe' doni manuali tra sposi è applicabile quanto è detto in nota al § 136. Qualunque donazione fatta in riguardo di futuro matrimonio è senza effetto se il matrimonio non fosse seguito o se è annullato, purchè non si tratti di matrimonio putativo, di cui abbiamo parlato in nota al § 157, nel quale caso le donazioni sono efficaci in quanto riguarda i figli, e sono pur salvi i diritti acquistati da' terzi nel tempo intermedio, art. 1068. Inoltre le donazioni fatte per un determinato futuro matrimonio sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore degli sposi o della prole nascitura dai medesimi non possono essere impugnate per mancanza di accettazione, benchè di regola le donazioni sieno invalide senza accettazione, e la ragione è che il fatto del seguito matrimonio costituisce di per se un'accettazione troppo eloquente, art. 1957 e 1062.

Digitized by Google

messa al sicuro con una controdote da parte del marito, e la ragione principale stava nella frequenza dei divorzi e nel divieto che vi era pel marito di dar fidejussori per la restituzione come abbiamo detto a'§§ 177 e 183. Cotesta controdote non usciva dal patrimonio del marito ed egli seguitava ad essere proprietario ed usufruttuario dei beni, ma questi davano sicurezza alla dote nel senso che la moglie o suoi eredi aveano il diritto di prenderseli se a matrimonio sciolto il marito o erede di lui non restituivano la pecunia dotale, ed i creditori del marito non potevano durante il matrimonio espropriarli.

Stabilita così la controdote per sicurezza della dote, cominciarono a venire in uso dei patti pei quali, premorendo il marito, la moglie avea il diritto di prendere una parte della controdote, e premorendo la moglie, il marito avea il diritto di prendere une parte della dote. Cotesti patti rinchiusi nei capitoli matrimoniali erano validi (nov. 71 Cap. 1. nov. 91. Cap. 1. nov. 97. Cap. 1. Vinnio al § 3 Inst. de donationibus).

Durante l'evo medio in parecchie regioni d'Italia, e specialmente nel Piemonte, nella Toscana, e ne'Ducati si ritenne dagli statuti municipali e dalle consuetudini, che anche senza patto espresso, premorendo il marito, la moglie avesse il diritto di prendere una parte della sostanza lasciata da lui ragguagliata ordinariamente al terzo o al quarto della dote; e premorendo invece la moglie, il marito avea il diritto di prendere la metà della dote purchè non vi fossero stati figli (Fabro Cod. lib. 5. Tit. 5. Def. 15, e lib. 5. Tit. 7. Def. 1.).

Tale sistema de'mezzi tempi era allora ragionevole perchè le successioni dei conjugi si ammettevano quasi da per tutto con la condizione della povertà del conjuge superstite, onde si assicurava loro un qualche lucro sulla successione dell'altro presumendo un tacito patto nei capitoli matrimoniali.

In altri termini la differenza tra il diritto Romano ed il diritto medio su questo punto fu che per diritto Romano il lucro avveniva se vi fosse stato patto espresso nelle tavole nuziali, mentre per diritto medio quel lucro s'intendeva tacitamente pattuito (1).

---

(1) Il Codice civile è tornato al sistema romano, cioè à stabilito che nel contratto di matrimonio possono gli sposi pattuire una donazione condizionata fra essi, e per la quale, premorendo il marito, la moglie lucra un aumento della sua dote, e premorendo la moglie, il superstite marito lucra tutta la dote di lei o parte di essa in proprietà o in usufrutto. E per impedire che una dichiarazione generica sulla natura del lucro potesse interpretarsi a danno della prole, il Codice à dichiarato che, salvo un patto espresso in contrario, il lucro s'intenderà acquistato in semplice usufrutto quando il conjuge defunto abbia lasciato figli

Digitized by Google

§ 191. Ma per quanto sia permessa la donazione prima del matrimonio, altrettanto è vietata dopo di esso.

Prima che il matrimonio si faccia le donazioni stringono sempre più la simpatia e l'affetto degli sposi, e vi è la salutare vigilanza delle famiglie, tenere sempre per ogni più delicato riguardo pel bene di quelli. Fatto che sia il matrimonio la donazione costituisce un germe d'interesse che fa guardare i conjugi con occhio bieco e che toglie alla unione intima che deve ripassar tra loro, al *consortium omnis vitae*, ogni pregio e tutto il bello a dir così ideale. Facilmente cercherebbero i conjugi di spogliarsi a vicenda o con le carezze o con la violenza, e la santità del matrimonio si convertirebbe in un vile e basso mercato. Per queste ragioni ne fu fatto divieto ai conjugi, *Ne mutuato amore invicem spoliarentur, ne venalicia essent matrimonia* (1).

Il divieto reggerebbe sempre anche quando la donazione si facesse per interposte persone. Sarebbe codesta una frode alla legge e la frode non può mai permettersi (2).

Fu anche in Diritto R. mano rafforzato questo divieto mediante la presunzione Muciana, per la quale, ad evitare il sospetto di turpe causa, si attribuiva al marito la provenienza del valore di ciò che acquistava la moglie (3).

Ma la donazione fra conjugi si ritiene come valida, quando il loro matrimonio fosse nullo, perchè la nullità toglie l'unico ostacolo che si presentava alla validità del dono (4).

Per altro il divieto delle donazioni fra conjugi durante il matrimonio manca in parecchi casi.

---

art. 1398. Non à il Codice voluto riconoscere la tacita convenzione del lucro dotale, essendo oramai le sorti de' conjugi bene assicurate, come si dirà nel diritto di eredità.

(1) Teoria uniforme art. 1054, ma il divieto è oggi fatto anche per salvare l'interesse dei terzi, poichè i conjugi facilmente potrebbero accordarsi facendo apparire una generosità che l'uno facesse all'altro per intorbidare le azioni dei creditori. È questa una ragione espressamente detta dai nostri legislatori.

(2) Teoria uniforme art 1053, 1055.

(3) Questa presunzione non ha alcuna applicazione per Codice civile. Poteva in Diritto Romano fino ad un certo segno sostenersi perchè la donna maritata con la *conventio in manum* passava sotto l'autorità del marito, e senza tale *conventio* restava sotto la tutela dei suoi agnati, ma oggi essendo riconosciuta la capacità della donna per tutti gli atti della vita civile ed essendo molti i mezzi per i quali le donne maritate possono onestamente acquistare per propria industria ed anche per caso, sarebbe strano supporre contrariamente alla verità che i beni della moglie provengano dal marito. Il sospetto di turpe causa oggi non può farsi gratuitamente perchè si deve così negli uomini come nelle donne, maritate o no, presumere l'innocenza e non la colpa.

(4) Teoria uniforme, art. 1054.

Digitized by Google

E così non vi sarà divieto pei piccoli doni,che non costituiscono vere e proprie donazioni, e che non scuotono la sostanza di chi le fa nè arricchiscono chi le riceve, come ad esempio dei monili nelle nozze, ora chiamate di argento, cioè nella festa di famiglia a capo di venticinque anni di matrimonio (1), siccome per diritto Romano non vi era quante volte la moglie avesse sostenuto delle spese per titoli onorifici concessi al marito ovvero lo avesse ajutato in esilio.

Intanto una grave innovazione venne fatta con un senato consulto ai tempi di Caracalla, vivo ancora il padre suo Severo, e la innovazione fu di permettersi le donazioni fra conjugi e ritenersi valide, se il donante non se ne fosse pentito durante la vita. *Fas est eum quidem qui donavit poenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit durum et avarum est* (Fr. 32 § 2° *De Donationibus inter virum et uxorem 24. 1.*). Cosicchè, mentre il diritto antico Romano dichiarava la nullità delle donazioni fra conjugi ed ammetteva soltanto che essi potessero beneficarsi per testamento, il Senato consulto ammetteva invece anche la donazione facendo salva al donante la facoltà di rivocarla (2).

Sottrazioni fra conjugi.

§ 192. Può accadere che i conjugi si facciano l'un l'altro donazioni, e può accadere invece che l'uno rubi all'altro. Specialmente al tempo Romano, in previsione del divorzio erano frequenti i furti poichè la moglie prossima ad abbandonare la casa maritale cercava di riunire la maggior copia di beni.

Certamente il furto è tale immoralità che non può permettersi nè anche tra i conjugi, ma il rapporto personale di matrimonio impone un riguardo al conjuge derubato, ed il principio della comunione che sempre ha una qualche parte in qualunque regime pecuniario i conjugi si trovino (come abbiamo detto al § 67) consiglia una qualche moderazione.

Or per Diritto Romano era vietato al conjuge di spingere azione di dolo contro l'altro conjuge ed era impunito il furto che l'uno all'altro commettesse. Nella realtà farebbe ribrezzo il vedere che un conjuge infami l'altro, perchè la infamia tornerebbe anche a suo disdoro e male si sentirebbe che la persona di un conjuge soffrisse la

(1) Teoria uniforme arg. art. 1050 e 1054.

(2) Il Codice francese nell'art. 1096 seguì il sistema inaugurato con tal Senato consulto, ma il Codice civile Italiano per le ragioni innanzi spiegate alla prima nota di questo § si è attenuto invece al sistema del Diritto Romano antico. Specialmente il Codice vi è stato mosso per l'interesse de' terzi.

Digitized by Google

carcere per aver preso la roba dell'altro, essendo troppo misera cosa i beni di fronte all'amore che deve avvincere due anime votate ad un destino comune nel corso dell'intera vita.

Tolta però codesta parte penale ed infamante, l'azione civile deve potersi esercitare, affinchè il conjuge derubato possa riavere i beni suoi. E i romani lo permisero, ma con una dolcezza di frasi che rivela la delicatezza e la proprietà del linguaggio di quei giureconsulti, e concessero al conjuge derubato l'*actio rerum amotarum* contro il conjuge, che commise la sottrazione, quasichè questi avesse soltanto mosso da un luogo all'altro la cosa senza l'intelligenza del conjuge proprietario (1).

PATRIA PODESTA'

§ 193. È questo un argomento che deve essere studiato con molta attenzione e circospezione, imperciocchè il principio direttivo che lo animava ne' tempi romani fu scosso ne' secoli di mezzo, e venne poi abbattuto e surrogato da principio direttivo diverso suggerito dalla civile filosofia e dal progresso sociale.

Qual'è stato il principio animatore primiero, e per qual modo di poi si snaturò e da ultimo prese sembianza opposta a quella che originariamente ebbe, è pregio dell'opera conoscere con tutta precisione.

§ 194. Nello studio del diritto romano non bisogna mai dimenticare che quel gran popolo avea genio per la forza, e ne diè prova conquistando quasi tutto il mondo allora conosciuto.

Onde potè intendere ben presto la verità, d'altronde semplicissima, che la famiglia fortemente costituita rende forte lo Stato, dapoichè lo Stato non è che un aggregato di famiglie.

Per riuscire nell'intento fece della famiglia un piccolo Stato a somiglianza di quello che tenea il Governo al tempo de' Re. — Diede cioè alla famiglia una base politica, come politica era la base del Governo.

E si avverta che la Repubblica sopraggiunta non variò punto l'antica forma nella base della famiglia, la quale rimase organizzata com'era prima; e che se al tempo degl'Imperatori la istituzione venne in certo qual modo umanata, pure la patria potestà restò nel fondo la stessa.

Questo istituto fu a ragione assomigliato ad una pianta, a cui vennero successivamente recisi molti rami, mantenendo fermo l'ar-

(1) Teoria uniforme art. 655 Cod. pen.

Digitized by Google

busto, il quale cominciò a disseccarsi ne' mezzi tempi, e cadde al soffio della civiltà novella, per risorgere con altra vita più splendida e più rigogliosa.

§ 195. I Romani dunque diedero alla patria potestà una base politica somigliante a quella dello Stato.

Già il nome stesso indicava qualche cosa, perchè l'attributo di *potestas* era proprio de' più alti ufficii pubblici, come la *consularis potestas*, la *tribunitia potestas*; anzi si andò nel nome anche più in là per indicare la piccola monarchia di famiglia, e così fu detto la *patria majestas*, e chi n' era in esercizio fu chiamato *princeps familiae*.

Ma più che il nome, gli elementi onde la patria potestà era costrutta rispondevano al concetto di monarehia assoluta.

Nella monarchia comanda un solo, e nella famiglia romana comandava un solo, cioè il Capo ch'era l'ascendente paterno più remoto.

Nella monarchia tutti debbono ubbidire, qualunque sia l'età, e la condizione, e nella famiglia romana tutti doveano ubbidire a quel Capo, cioè figli, nipoti, pronipoti ecc., qualunque fosse stata la loro età, qualunque il loro ufficio pubblico, o condizione diversa.

Nella monarchia d'ordinario sono escluse le femine, ed erano queste certamente escluse al tempo de' Re di Roma, e nella famiglia la madre è esclusa dalla patria potestà, anzi per codesta esclusione tale potestà prendeva nome dal padre.

Nella monarchia, il Monarca lascia il comando quando perde la vita, e del pari la patria potestà durava per tutta la vita del Capo.

Nella monarchia di società nascente, i poteri non sono ben distinti, e il Monarca giudica anche nelle contestazioni civili e penali; e del pari il padre di famiglia era giudice domestico, onde gli antichi scrittori dicono a questo proposito che al padre di famiglia *licet in liberos animadvertere tanquam judici domestico*.

Nella monarchia assoluta, valgono i due assiomi — *princeps legibus solutus est* — *quod principi placuit legis habet vigorem*, e nella famiglia romana il Capo non ha freno di leggi, e detta leggi a suo placito, anzi per di più la sua personalità è così assorbente per quanto chi dipende da lui è considerato rispetto a lui come cosa, *res mancipi*, e si hanno come una sola persona il padre e il figlio, *pater et filius pro una persona habentur*. — Una prova lucida se ne ha con le famose parole della Legge delle XII tavole — *pater familias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*. — La parola *legassit* dà l'idea di legge e di que' mandatarii (legati) che i principi spediscono per manifestare altrui la loro volontà. Le parole *suae rei* indicano che i figli son considerati come cosa rispetto

Digitized by Google

al padre, e ciò è tanto vero per quanto si dava azione di revindica ed azione di furto per reclamare il figlio — La frase *jus esto* esprime nettamente che ha forza di legge ogni sua parola — E si badi che era la repubblica che rifermava tanta autorità data al padre di famiglia dal precedente potere regio, anzi dallo stesso Romolo.

§ 196. Per altro bisogna veder di preciso in che consistevano i diritti di lui.

In generale tutto è detto quando si sa che i componenti della famiglia erano considerati come cosa rispetto al padre, e che questi avea su di loro un vero e reale dominio.

Ma pur volendo ricordare i diritti singoli principali, che derivano tutti dal concetto del dominio, bisogna guardarli in due categorie, cioè in quelli relativi alla persona de' figli, e negli altri relativi ai beni loro.

§ 197. Per la persona ne vengono specialmente noverati quattro, cioè — 1.° il *jus vitae et necis* — 2.° *l'infantium expositio* — 3.° *la venumdatio liberorum* — 4.° *la noxae datio.*

1.° Il *jus vitae et necis*, il diritto di vita e di morte, è conseguenza del dominio che à il padre di famiglia su' figli come questi fossero cose.

Dal punto di vista romano le declamazioni de'secoli posteriori contro tale diritto sono esagerate, perchè l'affetto paterno, che è il più sentito che sia al mondo, sta a salvaguardia di un potere tanto enorme. Consultando il cuore umano, che que' grandi Legislatori conoscevano così bene, si trova che, meno rari ed eccezionalissimi casi, tutti i genitori sono presi dal più grande trasporto pe' loro figliuoli, *amor descendit.* — Or come si può fare a quelli tanto rimprovero per aver calcolato sulla natura umana, sicuri come erano che quel potere veniva a ridursi ad una minaccia? Ma, si dice che vi sono stati gravissimi fatti di morte data a' figli anche per antipatia di partiti politici, come accadde a quel Tribuno della plebe, che per aver sostenuto la proposta di legge agraria, fu dal padre condannato a morte, onde venne flagellato ed ucciso. — Sempre però son fatti rari ed eccezionali, e i Legislatori non debbono avvertire ciò che di rado accade — *quod bis aut semel accidit praetereunt legislatores.* In generale i genitori amano i figli, anzi son troppo indulgenti. Questo si legge nel cuore umano. Il padre piange e si addolora se al figlio accade una sventura, e come si può credere che egli giunga ad ucciderlo per un capriccio qualunque?

Tutto ciò va detto per giustificare il fiero legislatore romano, inteso a raggiungere per questo mezzo lo scopo supremo della forza dello Stato. Ma che quel potere è contrario al diritto, e si oppone alla natura, non si può certamente impugnare.

Digitized by Google

E il diritto e la natura trionfarono, poichè gl'Imperatori Romani cominciarono da prima a dare qualche esempio di emancipazione forzosa di que'figli ch'erano assai maltrattati dal padre, e di poi tolsero affatto il *jus vitae et necis* e comminarono pena severissima per chi uccidesse i figliuoli.

Un qualche diritto per altro era mestieri che il padre avesse sulla persona de'figli, altrimenti gli sarebbe mancato il mezzo di correggerli, e ne ebbe due, cioè — 1.° *modica castigatio* in famiglia e per cose leggiere — 2.° *magistratui praescribendi sententiam* pe'fatti più gravi. Una qualche diretta correzione in casa, un qualche moderato castigo in realtà è talvolta necessario. Ma si concesse anche al padre di poter prescrivere al Magistrato la sentenza in casi assai più serii, e così ad esempio la carcere per un figlio che avesse impugnato le armi contro il genitore. Tale diritto non era esorbitante per la doppia guarentigia della pietà paterna, e della mediazione autorevole del Magistrato.

2.° La *infantium expositio* prese origine da una legge di Romolo la quale permetteva disfarsi dei figli deformi o deboli. Egli avrebbe voluto che tutti i componenti dello Stato avessero bella presenza e florida salute. Ma perchè il diritto di patria potestà riducevasi al dominio che potea estendersi fino alla uccisione dei figli, fossero o non fossero deformi, si credè che i genitori potessero fare il meno, vale a dire esporli per non avere il peso degli alimenti, pei quali alcuna volta potean mancare i mezzi specialmente ai genitori di prole numerosa. Questo stato di cose si credè tanto innocente per quanto durò molti secoli, infino a che nel periodo imperatorio vi fu la legge per la quale si stabilì che *unus quisque sobolem suam nutriat.* (*L. 2. C. de infantibus expositis 8, 52*).

3.° La *venumdatio liberorum* era designata col nome di *mancipium* e noi ne abbiamo già fatto un cenno nel § 97. Il padre se avea le maggiori facoltà di uccidere o di esporre il figlio avea anche la facoltà minore di venderlo per ritrarne lucro, anzi per legge delle XII tavole, il figlio ricadeva sotto la patria potestà, se il compratore lo avesse liberato, e il padre potea venderlo fino a tre volte, e soltanto nella terza liberazione data dal compratore, il figlio era disciolto dalla soggezione paterna. *Si pater filium ter venumderit, filius a patre liber esto.* Codesta triplice vendita e triplice liberazione si spiega da che il padre di famiglia molte fiate non vendeva realmente il figlio ma lo dava in pegno di suoi debiti, ovvero lo cedeva per la prestazione di opere. Quando era terminata la ragione del pegno, o quando le opere si erano prestate, quegli che lo aveva comprato col *pactum fiduciae*, lo rimandava libero, onde il figlio ricadeva

Digitized by Google

sotto la potestà paterna. Ripetuta però la cosa per tre volte finiva ogni diritto del padre. Il *jus vendendi* era però limitato al solo figlio maschio di primo grado e non si estendeva alle figlie femine, nè ai nipoti.

Questo diritto venne al tempo degli imperatori dapprima ristretto a'casi di estrema miseria dei genitori, di poi fu anche più circoscritto essendosi permessa la vendita dei soli figli appena nati, *sanguinolentos, idest e matre adhuc rubentes,* e finalmente Giustiniano ne fece un assoluto divieto, e il diritto di vendita scomparve.

4.° La *noxae datio* vi era quando il figlio avesse commesso un qualche danno mediante un delitto, per lo quale il padre dovea civilmente rispondere verso il danneggiato. Per evitare tale responsabilità, era permesso al padre di cedere il figlio all' offeso, e ciò si chiamava darlo in nossa, quasichè vi fosse nesso tra il reo e l'offesa fatta. Anche questo diritto fu tolto per opera di Giustiniano.

§ 198. Relativamente poi ai beni, il padre aveva il *jus adquirendi per liberos*, cioè il figlio niente poteva avere di suo, ma quanto acquistava diveniva tutto del padre.

Per altro solevano i genitori dare ai figli una certa quantità di beni per poterli avviare a professioni, come per esempio alla mercatura, ed in tal caso il figlio ne teneva l'amministrazione e contrattava coi terzi, ed egli e il padre erano obbligati verso costoro, ma l'impegno del padre non eccedeva mai il valore di quei beni e il figlio rimaneva debitore di tutto ciò che si dovea, e potea pagare quando fosse divenuto *sui juris.* D' altro canto i beni medesimi erano sempre di proprietà del padre, il quale poteva a suo piacere toglierli dalle mani del figlio. Codesti beni confidati dal padre al figlio prendevano nome di peculio, perchè ordinariamente trattavasi di scarsa cosa.

Gl' imperatori non lasciarono l'istituto del peculio, come era innanzi ai loro tempi, ma presero a favorire i militari dando loro dei privilegii per tutto ciò che guadagnavano in guerra; estesero quindi il privilegio a que'figli che ritraessero un lucro da professioni liberali; e provvidero poi anche a quelli che avessero avuto beni da altri. Cosicchè la teoria dei peculii venne in definitiva a formare un insieme sistematico che giova conoscere.

Il peculio era militare o pagano. Il peculio militare si distingueva in castrense quando il guadagno veniva dall'esercizio militare, e quasi castrense quando il guadagno era fatto con l' esercizio di arti liberali, come di giureconsulto, di medico, ecc:. Il peculio pagano era profettizio o avventizio: profettizio quando i beni si davano al figlio dal padre, o da altri per considerazione del padre, come una donazione che si facesse al figlio altrui per essere stato il testatore sal-

Digitized by Google

vato nella vita dal padre di quello; avventizio quando i beni provvenivano al figlio per una ragione qualunque che non fosse di quelle innanzi accennate, come per esempio se avesse fatto un guadagno con arti illiberali, col mestiere di cuoco, di sarto, ecc., ovvero se avesse trovato un tesoro ecc.

Or il diritto Romano dava piena libertà al figlio di famiglia, e lo considerava come *sui juris* pel peculio castrense e quasi castrense. Era una giusta protezione ai guadagni sudati nella milizia o con lavori intellettuali. Ma non era così pel peculio profettizio ed avventizio: del peculio profettizio il padre era proprietario, ed il figlio avea l'amministrazione, perchè proveniva direttamente dal padre o in considerazione di lui; e dell' avventizio il figlio era proprietario, e il padre ne avea l'usufrutto e l'amministrazione, perchè era giusto che il padre godesse pur qualche cosa dei beni, che per prospera fortuna o per lavori manuali provvenissero al figlio e ciò in compenso dell' educazione che gli dava e delle spese che per lui sosteneva.

§ 199. Nè il potere del padre si restringeva soltanto al tempo di sua vita, ma per taluni effetti estendevasi ancora oltre la tomba. Ciò non deve far meraviglia, perchè, come abbiamo già detto innanzi, il precetto della legge delle XII tavole era — *pater familias uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto* — Onde seguiva:

1° Che il padre potea disporre a piacere dei suoi beni, e diseredare il figlio anche senza causa. Ma questo diritto venne poi limitato con l'istituto della legittima e con la designazione delle cause che potevano dar luogo alla diseredazione, come diremo nella teoria successoria.

2° Che potea per testamento nominare un tutore ai figli impuberi, ciò che sarà esposto nella teoria della tutela.

3° Che potea fare una sostituzione pupillare, cioè disporre della eredità dei figli superstiti qualora questi morissero prima della pubertà, e ciò verrà spiegato nel diritto di eredità.

Tante esorbitanti facoltà date dal diritto Romano al padre di famiglia non avevano altri correttivi che due assai deboli, l'uno cioè della *censura*, che era una riprovazione fatta dai censori, e che apportava influenza sulla opinione pubblica, e l'altro del *consilium propinquorum* che dovea esser cosa tanto vana, per quanto non si sa di preciso in che consistesse.

I Romani volevano che lo Stato fosse forte, e credevano, non senza ragione, che la forza dello Stato sta in quella della famiglia. Potettero errare ed eccedere nella scelta dei mezzi, ma ripetiamo che essi fecero un calcolo sulla natura dell'uomo, nel cui cuore è

Digitized by Google

insito l'affetto verso i figliuoli. È vero che parecchi genitori nel corso di tanti secoli hanno avuto un cuore così duro da chiuderlo ad ogni sentimento di pietà paterna, ma codeste sono aberrazioni. E così oggi quanto strepito non si fa per qualche scandaloso verdetto dei giurati? Eppure la istituzione del giurì è una salvaguardia della libertà. L'uomo è imperfetto, e le leggi, che sono opera umana, risentono della sua imperfezione. Ciò sia detto soltanto per giustificare quei grandi nostri maggiori.

§ 200. Che se, giunti a questo punto, meditiamo alcun poco sopra le idee innanzi esposte, troviamo esser vero che la patria potestà Romana non cangiò di natura durante il corso di tanti secoli, e che ebbe sempre una base politica. Tale istituto venne umanato, vennero recisi quà e là dei rami al vecchio arbusto, cooperandovi la filosofia stoica, la influenza del Cristianesimo, e la fusione dei popoli soggetti alla dominazione Romana, ma sempre la patria potestà riposò sul concetto della costituzione politica della famiglia.

Onde si vede che il principio generale direttivo della patria potestà in Diritto Romano era riposto precisamente in tale costituzione politica, per la quale tutti i poteri erano concentrati nel padre di famiglia, nel fine di procurare l'interesse di chi esercitava la patria potestà, non già di chi vi era sottoposto. Il principio contradiceva al diritto di natura che vuole precisamente il contrario, cioè che si protegga invece l' interesse di chi si trova soggetto alla patria potestà, ed il giureconsulto Gajo bene a ragione scrivea — *nulli fere alii sunt homines, qui talem in filios habent potestatem qualem nos habemus* (1. Inst. 55).

§ 201. L'Impero Romano cadde sotto i colpi dei barbari, i quali vincitori rispettarono le leggi dei vinti, ed inaugurarono il sistema delle leggi personali, come abbiamo già accennato al § 69, vale a dire quelli regolavansi con le leggi loro e lasciarono che i vinti si regolassero con le leggi romane.

Ma tra i vinti e i vincitori, che aveano ciascuno leggi proprie, si frappose un elemento salutare comune, cioè il progresso delle idee cristiane.

I concetti romano, germanico, e cristiano, erano diversi all'intutto fra loro e bisogna averne una qualche idea, e conoscere come poi in certo modo si fusero, e per qual maniera oggigiorno si è giunti a rovesciare il principio romano, anzi a capovolgerlo, sanzionando nelle legislazioni ora vigenti in Europa un principio totalmente contrario.

Il sistema germanico, per riguardo alla famiglia, consisteva nella forza, cioè nella protezione che il più forte dovea dare al più debole,

Digitized by Google

e codesta protezione si chiamava *mundium*. La guarentigia del diritto era affidata alla forza ed alla vendetta privata, chiamata *faida*, e l'autorità pubblica interveniva più come mediatrice per comporre le controversie ed assegnare indennità, anzichè per altro.

Or il figlio di famiglia usciva dalla potestà paterna tostochè fosse stato capace di campar la vita co'suoi sudori ed atto alle armi, e si celebrava una festa quando il giovinetto armato faceva mostra di sè in pubblico, come segnale di essersi disciolto dalla patria potestà. È bello leggerne in Tacito la descrizione. (De morib. germ. cap. XIII). La figlia non era liberata dalla soggezione paterna, o de'suoi prossimi agnati, se non quando entrava sotto la protezione del marito, e divenuta vedova restava sotto la protezione dei figli. Anche i vecchi invalidi ricadeano sotto la protezione domestica dei giovani.

Per diritto germanico adunque il principio che governava la patria potestà era la protezione del debole, cioè la tutela nell'interesse di colui che vi è soggetto. Il principio era totalmente diverso dal Diritto Romano, il quale disponeva tutto nell'interesse di chi esercitava la patria potestà, non già di chi vi era sottoposto.

Il Cristianesimo propugnò a sua volta il rispetto alla umana personalità, ravvisando nell'uomo l'opera e l'impronta divina e dandogli l' indirizzo ad una suprema legge morale. Il principio tutto morale del Cristianesimo si opponeva a quello tutto politico del diritto Romano, ed armonizzava invece fino ad un certo segno col principio germanico, perchè entrambi si avvicinavano nel punto della protezione dell' interesse di chi è sottoposto alla patria potestà, non già di chi ne esercita il potere.

Ciò non ostante le idee romane radicate in Italia, ed anche in altri luoghi che erano stati soggetti alla dominazione Romana, non cangiarono così presto, ma una certa fusione si ebbe con le consuetudini e con gli statuti del medio evo , con cui si cercò di armonizzare quei tre concetti differenti.

Venne da per tutto cancellata la idea del dominio, che informava la patria potestà Romana , e fu riservata ai genitori una modica correzione dei figliuoli — La patria potestà non era perpetua, ma cessava appena la figlia femmina si fosse maritata ed il figlio maschio cominciasse a vivere a spese proprie (*sua quadra*). Anzi in parecchi luoghi, tra cui nelle provincie napolitane, fu stabilito che poteva il padre fare un assegno al figlio e mandarlo via di casa, e che il figlio poteva anche pretendere l' assegno ed andarsene, ed andatosene restava liberato — La patria potestà non si estendeva ai nipoti, ma si limitava ai soli figli, onde i nipoti stavano sotto la potestà del padre loro—La personalità del padre non assorbiva quella

Digitized by Google

del figlio e non ebbe più valore il principio romano — *pater et filius pro una persona habentur* — onde potevano essi contrattar fra loro — Ma restò sempre fermo il rispetto che il figlio dovea al padre, e l' obbligo di avere il consenso dei genitori per le nozze, le quali però erano soltanto meno oneste se mancava tale consenso, non già nulle.

Codesto presso a poco fu il sistema che si ebbe quasi da per tutto nei mezzi tempi.

§ 202. Quando poi la civiltà venne novellamente a manifestarsi e specialmente dopo che negli ultimi due a tre secoli fece progressi la civile filosofia, l' istituto della patria potestà fu oggetto di meditazioni e di studio.

Si disse che la base dovea esserne naturale e non politica, e che dovea bandirsi all'in tutto il principio romano — che la natura riconosce certamente un' autorità ne'genitori su'figliuoli, ma che tale autorità discende dal dovere che a' genitori incombe della protezione, della tutela, dell' indirizzo morale e politico, e dello sviluppo intellettuale del figlio — che perciò la patria potestà costituisce un dovere imposto dalla natura pel bene de' figli, e non un diritto per l'interesse de'genitori, e che se questi debbono avere de'diritti, ciò accade unicamente perchè non potrebbero essi altrimenti adempiere a quel dovere — che la patria potestà non è di fine a se stessa, ma è un mezzo necessario per conseguire il bene della prole, e che perciò quel potere è stabilito non per vantaggio de' genitori, ma nell'interesse de'figli.

D'altro canto si sosteneva che la madre non dovea escludersi da ogni autorità, perchè i diritti de'genitori muovendo dalla stessa causa, debbono essere identici, e che soltanto finchè vivano entrambi deve darsi nell'esercizio la preferenza al padre come a capo della famiglia e come a quello che maggiormente impone, onde ispira una maggior fiducia nella esecuzione di que'doveri, che formano il compito nobilissimo di chi presiede la società domestica.

Discendendosi poi a lineare i rapporti precisi che passano tra genitori e figliuoli, si riconosceva ch' essi erano di doppio ordine— Gli uni son tutti di odine morale, non si cancellano mai, e consistono nella dipendenza, nell'ossequio, e nella riverenza. Gli altri invece di ordine giuridico, finiscono con lo sviluppo fisico e intellettuale del figlio, e si riducono all'educazione di lui, ed all'amministrazione de'suoi beni.

§ 203. L'opinione pubblica era preparata a codesta base naturale della patria potestà quando scoppiò la Rivoluzione Francese. Questa, animata da principii umanitarii e liberali, certamente non potea

Digitized by Google

tollerare quell'istituto come si trovava. E nella compilazione del Codice Francese se ne fece viva discussione, nella quale con severe parole fu biasimato il principio romano come poco morale nel suo principio e nelle sue conseguenze, per la prevalenza dell'interesse del capo di casa su quello de'figli.

Giova riportare qualche brano dei motivi.

Real disse fra l'altro: « La natura e la ragione esigono evidentemente lo stabilimento e l'esercizio della patria potestà. Fino alla « maggiore età questa potestà è nelle mani degli autori dei nostri « giorni, siccome mezzo di difesa e di direzione; e se tal potere è « accordato dalla natura al padre ed alla madre, egli è facile di riconoscere che la ragione richiede che il padre solo possa esercitarlo e che la madre non cominci a goderne realmente che dal « momento in cui diventa vedova. Dopo la maggiore età la potestà « paterna è tutta di consiglio e di assistenza; e si limita nei suoi « effetti ad ottenere dal figlio di famiglia continui attestati di rispetto « e di riconoscenza.»

Ed Albisson: « È mestieri osservare che la potestà dei genitori sui « loro figliuoli, non avendo direttamente altra causa, nè altro scopo « che il bene di costoro, non è, rigorosamente parlando, un diritto, « ma un mezzo di adempiere in tutta la sua estensione e senza ostacolo ad un dovere sacro ed indispensabile ».

Tutti i Codici della penisola seguirono chi più chi meno da vicino il Francese.

§ 204. Dopo tutto ciò, è chiaro:

1.° che il principio direttivo della patria potestà in diritto romano fu il favore e l'interesse del padre di famiglia.

2.° che il principio direttivo ne'mezzi tempi fu la protezione de'figli per la difesa e per l'indirizzo morale di essi, sebbene in alcun punto si manifestasse l'interesse del padre di famiglia.

3.° che il principio direttivo odierno in tutta Europa, è nell'ordine morale l'ossequio e la riverenza a'genitori, qualunque sia la età e la condizione del figlio; e nell'ordine giuridico l'autorità ne'genitori di educare il figlio e di amministrare i beni di lui fino a che non sia giunto allo sviluppo pieno delle facoltà fisiche e intellettuali, autorità ad essi confidata non nel loro interesse, ma invece nell'interesse del figlio medesimo, e come compimento di un dovere loro imposto dalla natura (1).

---

(1) Questo precisamente è il principio direttivo nell'istituto della patria potestà per Codice civile Italiano.

Ma è d'uopo conoscere come è stato sviluppato.

Tutta la teoria odierna si riduce a quattro punti, cioè — 1.° Esercizio della

Digitized by Google

Dopo essersi veduto in che consiste la patria potestà romana, e quali vicende abbia subìto ne' secoli posteriori e fino a' giorni nostri,

---

patria potestà — 2.° Rapporti morali tra genitori e figli — 3.° Rapporti giuridici relativi alla persona de'figli — 4.° Rapporti giuridici relativi a'beni di costoro.

1.° *Esercizio della patria potestà.*

La patria potestà (che oggi più propriamente andrebbe chiamata autorità dei genitori) spetta al padre e alla madre, ma l'esercizio n' è affidato al padre, e quando questi non si trovi in condizione di praticarla, o perchè ne sia privato, o perchè sia morto, la madre vi sottentra senz'alcuna limitazione. La preferenza, che si dà al padre, si spiega dalla maggiore autorità che questi ha sui figli, dalla sua maggiore attitudine, dal grado che occupa come capo di famiglia, e dalla dipendenza che ha la moglie verso il marito, per lo che conviene evitare il dualismo fra loro, art. 220 capov. 3. Sciolto il matrimonio, la patria potestà viene esercitata dal genitore superstite, ma quì si fa differenza tra il padre e la madre—Il padre non ha limiti, e la madre invece ne ha due: il primo è che ella deve sottostare a quelle condizioni che per l'educazione de' figli e per l'amministrazione de'beni le avesse fatto il padre defunto, se pure non ne venga dispensata dal consiglio di famiglia, art. 235: il secondo è che talvolta ella va soggetta all' autorità di tal consesso familiare precisamente per quella educazione ed amministrazione, e ciò accade quando voglia rimaritarsi, art. 237. Il senno paterno, la piena cognizione ch'egli ha de'bisogni di famiglia e dell'attitudine della madre nel governo di essa, come ad esempio per la sua fermezza o debolezza di carattere verso i figliuoli, spiegano il primo limite — Il pericolo poi che la madre rimaritandosi trascuri la educazione de' figli, e sciupi le sostanze di questi per ingraziarsi il nuovo marito, e provvedere a'bisogni della nuova famiglia, spiegano il secondo—Il padre e la madre, rimasti vedovi, perdono è vero l'usufrutto legale passando a nuovo matrimonio, come abbiamo già detto al § 165, ma tale perdita non costituisce un limite all'esercizio della patria potestà, e invece è effetto del disfavore con cui la legge guarda le seconde nozze — Il certo è che rimasto vedovo il padre, ha libero l' esercizio della patria potestà: rimasta vedova la madre, ha quel doppio limite.

2.° *Rapporti morali tra genitori e figli.*

La vita dei figli, la qual si ripete da'genitori, l'amore e la cura di costoro, richieggono imperiosamente la gratitudine e il rispetto de'figliuoli, qualunque sia la loro età, qualunque la condizione in cui essi si trovino — È questo un precetto morale, che il Codice ha creduto ricordare nella prima parte del primo articolo che tratta della patria potestà, art. 220, e che non è, come si crede, senza sanzione, perchè, se per poco si guardi il Codice penale, si troverà che le pene sono più aspre per le offese a'genitori, art. 523 e 549 Cod. penale, e se si guardi il Codice di procedura penale si troverà che per tali offese i genitori possono anche per determinati reati perseguibili di uffizio farla da Re, e graziare il figlio della pena, almeno in parte, art. 603 Cod. proc. pen.

3.° *Rapporti giuridici relativi alle persone de'figli.*

Per riguardo alla persona, il rapporto sta in quanto alla educazione, presa questa parola in largo senso. Onde i genitori hanno su' loro figliuoli un diritto di direzione e di sorveglianza, e ad essi appartiene il determinare l'istruzione che i figli debbono ricevere, di guidarli, e d'indirizzarli art. 138 e 230 — Come conseguenza dell'educazione, i genitori hanno due diritti, cioè la custodia e la correzione.

Digitized by Google

dobbiamo trattare de' modi co' quali la patria potestà si acquista e di quelli co' quali si perde. E perchè uno de' primi doveri inerenti

---

Per la custodia è fissato il principio che il figlio non può abbandonare la casa paterna, nè quella che il padre gli abbia destinata, come ad esempio un Convitto, una casa di artigiano ove il figlio impari l' arte ecc:. E se il figlio trasgredisca, il padre può richiamarvelo, ricorrendo, ov'è d'uopo, al Presidente del Tribunale, art. 221 — Ma questo diritto di custodia ha due eccezioni — La prima è quando concorrano giuste cause che rendano necessario l'allontanamento del figlio dalla casa paterna, e ciò in pratica ordinariamente avviene quando sorgono dissapori domestici per la presenza delle matrigne, le quali sono mal viste da' figli: in tal caso il Presidente del Tribunale provvede nel modo più conveniente, art. 221. La seconda eccezione è per causa di volontario arruolamento nell' esercito nazionale, perchè in esso il giovinetto trova più severa custodia ed educazione più rigorosa, art. 221.

Per la correzione poi vi son tre modi che variano in grado ascendente — Il primo consiste in qualche castigo domestico purchè non degeneri in abuso per eccessi, arg. art. 233 — Ma se ciò non ostante il padre non riesca a frenare i traviamenti del figlio si hanno gli altri due modi, pe'quali il padre — 1° può allontanare il figlio dalla famiglia, facendogli secondo i proprii mezzi un lievissimo assegno per gli alimenti strettamente necessarii, e la correzione in tal caso viene dal bisogno in cui il figlio si trova, e che lo costringe a lavorare se vuol vivere più agiatamente — 2° può, ricorrendo anche al Presidente del Tribunale, collocarlo in quell'istituto di educazione o di correzione che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo, art. 222 — In Italia non mancano istituti di correzione ben rigida pe'figli scapestrati, specialmente quello della Generala in Torino, ove chi scrive ha veduto come Presidente del Tribunale di Venezia ben corretti alcuni figliuoli irreducibili, che con le armi cercavano estorquer danaro a'genitori per coltivare vizii e darsi bel tempo.

Codesto rapporto giuridico personale cessa con la maggiore età del figlio, o con la emancipazione, art. 220 capov. 1.

4.° *Rapporti giuridici relativi a'beni de'figli.*

Pe'beni il padre ha due diritti, cioè l'amministrazione e l'usufrutto.

L'amministrazione consiste nel fare tutto ciò che è conveniente o necessario per la conservazione, l' accrescimento e l' uso del patrimonio art. 224, ed arg. art. 28, 317, 1424, 1427 e 1741, e così ad esempio coltivare i fondi, raccogliere frutti, dare i beni in affitto ecc:. Ma il padre non può fare da se alcun atto che ecceda i limiti della semplice amministrazione, e così non può alienare, ipotecare, dare a pegno i beni del figlio, contrarre a nome di lui mutui od altre obbligazioni eccedenti l' amministrazione medesima, se non per causa di necessità o di utilità evidente del figlio stesso, e mediante l'autorizzazione del Tribunale, art. 224 capov. 1. — Per la riscossione de'capitali e per la vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento basterà l'autorizzazione del Pretore a condizione di nuovo impiego, art. 225.

In quanto poi all'usufrutto, il padre lo gode sopra tutti i beni del figlio, eccettuati quelli acquistati da costui col proprio lavoro e con la propria industria separata, ed eccettuate quelle cose che gli si fossero donate o legate con la condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto, ovvero per imprendere una carriera, un'arte, o una professione, ed eccettuati pure i beni pervenuti al fi-

Digitized by Google

alla patria potestà consiste negli alimenti a' figliuoli, e tale obbligo si estende in modo vario tra i componenti la famiglia, parleremo in ultimo della teoria degli alimenti.

De' modi onde si acquista la patria potestà.

§ 205. La patria potestà è un effetto della paternità convalidata o creata dalla legge. Qui, a non ingenerare confusione, bisogna esser molto chiari e precisi.

Il rapporto di diritto pel vincolo che passa tra padre, madre, e figlio, prende il nome di paternità se la relazione mette capo al padre; se alla madre, prende nome di maternità; se al figlio, di filiazione.

Codesto rapporto o è l'opera della natura e della legge, o della sola natura, o della sola legge (1).

glio per eredità, legato, o donazione accettata nell' interesse del figlio contro il consenso del padre art. 229 — Ma tale usufrutto è però gravato de'pesi proprii degli usufruttuarii, e delle spese di mantenimento, educazione, ed istruzione del figlio, art. 230 — L' usufrutto legale de' genitori è oggi concesso per non sottoporre il padre all' obbligo di tenere un conto de' crediti de' beni dei proprii figli e delle spese fatte per loro, e per non obbligarlo a presentare poi ad essi quel conto, e vederne discutere gli articoli uno ad uno. La qual cosa avrebbe umiliato il padre, gli avrebbe scemata l'autorità e il rispetto dovutogli, e sarebbe stata causa di dissidii e di danni pe'figli medesimi.

Ma pe'beni, pe'quali il padre non ha usufrutto, deve sempre egli averne l'amministrazione, e rendere il conto, art. 224.

I diritti medesimi di amministrazione e di usufrutto sono applicabili alla madre che eserciti la patria potestà, art. 231.

Per altro l'usufrutto cessa col passaggio del genitore ad altre nozze, art. 232, perchè è troppo grave il pericolo che restino inadempiuti i pesi, e siano invece convertiti i provventi a vantaggio della nuova famiglia.

Anche questi diritti di amministrazione e di usufrutto cessano con la maggiore età del figlio e con la emancipazione, art. 220, 224 e 228.

V'ha intanto un ultimo diritto del padre applicabile alla madre che eserciti la patria potestà, e che prende capo e da'rapporti giuridici relativi alla persona de' figli, e dagli altri relativi a'loro beni, ed è il diritto alla rappresentanza del figlio in tutti gli atti della vita civile, art. 224—Chi è capo di famiglia deve protegger questa, e tutelarla, ed integrare la personalità di coloro i quali sono sotto la presunzione d'incapacità, come accade pe'minori—Cessa però il diritto di rappresentanza se vi è conflitto d'interessi o tra figli soggetti alla stessa patria potestà, o tra essi e il padre, ne'quali casi vien nominato un curatore speciale, art. 224—Se il conflitto è tra figli, il padre sentendo eguale trasporto per tutti non prenderebbe quella viva difesa che ciascuno merita, e d'altronde non potrebbe essere rappresentante ad un tempo e dell'attore e del reo — Se il conflitto è tra il padre e figli, vi sarebbe di peggio, perchè alle due qualità incompatibili si aggiungerebbe il suo interesse.

(1) Teoria uniforme, art. 159 e seguenti, 179 e seguenti, 194 e seguenti, 202 e seguenti.

Digitized by Google

RAPPPORTO DERIVANTE DALLA NATURA E DALLA LEGGE.

§ 206. Questo rapporto tra genitori e figli si ha o per via di legittime nozze, o per via di finzione di diritto per la quale si considera come nato da nozze legittime chi avea co' genitori il solo rapporto naturale. Onde la distinzione tra la paternità, maternità, e filiazione legittima da una parte, e la legittimazione dall'altra (1).

Paternità, maternità, e filiazione legittima.

§ 207. *Mater semper certa est.* Per la maternità vi è sempre la certezza, perchè la gravidanza, lo sgravo, il puerperio, la lattazione danno segnali esteriori e sicuri, e la prova può farsi con molta facilità.

§ 208. Ma la difficoltà è pel padre, perchè relativamente a lui la generazione si nasconde nel mistero. Onde la legge dovea ricorrere alle presunzioni, e non potea farne a meno essendo necessario assegnare uno stato al figliuolo che nasce, ed avere tutto il riguardo all'ordine delle posterità e delle famiglie.

Tali presunzioni sono due, una pel padre e l'altra pel figlio.

Pel padre è — *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (2).

Pel figlio è — *qui ex justis nuptiis, justoque tempore natus est, justus filius est.* Il giusto tempo poi è non minore di sei mesi, e non più di dieci (3).

La incertezza della paternità è vinta dalla presunzione che sorge da' fatti del matrimonio, e del concepimento nel giusto tempo.

Le conseguenze di tali due principî sono:

1.° Che la presunzione di paternità resta ferma anche quando si provi che la moglie fu adultera. Avendo ella convissuto col marito, sempre si è nella incertezza di paternità, perchè non si sa se autore della gravidanza fu l'adultero ovvero il marito, e fino a quando l'incertezza duri, il fatto del matrimonio e il concepimento nel giusto tempo mantengono la forza della presunzione sebbene si vegga debilitata (4).

---

(1) Teoria uniforme, art. 179 e seguenti, 194 e seguenti.

(2) Teoria uniforme, art. 159.

(3) Teoria uniforme, art. 160.

(4) Per Codice civile, nel caso di adulterio della moglie, il marito può ricusare di riconoscere il figlio, quando la moglie gliene abbia celata la nascita: concorrendo i due elementi dell'adulterio e dell'occultamento della prole al marito, manca la presunzione di paternità di costui, perchè all' adulterio che è in se stesso un fatto grave, si aggiunge la prova più flagrante della coscienza colpevole della moglie la quale sapendo che autore della gravidanza non fu il ma-

Digitized by Google

2.° Che la presunzione però manca, se vi sia stata l'impossibilità fisica del padre, come per carcerazione, o per impotenza generativa (1).

3.° Che se il figlio è nato prima che cominciasse il settimo mese dal dì delle nozze, la presunzione anche manca. Ma per diritto consuetudinario generalmente fu ritenuto che quando alcuno avesse avuto commercio con la donna che poi avea tolto in moglie, ed ella si fosse sgravata prima che cominciasse il settimo mese dal dì delle nozze, sorgeva per lui la presunzione di paternità. (2)

4.° Che se il figlio è nato dopo il decimo mese dallo scioglimento del matrimonio, manca la presunzione di paternità (3).

§ 209. Per la prova della filiazione legittima, il Diritto Romano si rimette alla ordinaria teoria probatoria, specialmente quando mancassero i titoli che per le nascite vennero replicate volte disposti, come abbiamo cennato al § 113. L. 6, C. *de fide instrumentorum*, 4. 21 (4).

---

rito col quale forse convivea senz' avervi contatto, ha cercato nascondergli lo sgravo, art. 165.

Ma la sola confessione della moglie, di non esser procreata da suo marito la prole da lei partorita, non ha la forza di abbattere la presunzione di paternità di lui, sia perchè tale presunzione poggia sopra fatti i quali non son vinti mai dalle semplici parole, sia perchè a tal modo potrebbe permettersi lo scambio di una paternità, e qualificar come adulterino un figlio il quale nella incertezza ha diritto allo stato di figlio legittimo, art. 165.

(1) Per Codice civile la presunzione di paternità manca non solo per la fisica impossibilità di coabitare con la moglie per causa di allontanamento o di altro accidente art. 162, e per impotenza di lui quante volte però sia manifesta art. 164, ma anche per la separazione coniugale, di cui abbiamo parlato in nota al § 160. Se la separazione legale abbia avuto esecuzione nel fatto, e non siensi nè anche momentaneamente ristabilite le relazioni tra coniugi, cessa ogni presunzione derivante dal matrimonio, e sorge la presunzione propria della separazione che è stata legale e di fatto, art. 163.

(2) Per Codice civile il figlio nato prima che sieno trascorsi centottanta giorni dal dì delle nozze, non si presume figlio del marito — Ma si fanno tre eccezioni.

La 1.ª è se il marito prima del matrimonio avesse conosciuto la gravidanza della moglie — In tal caso egli deve presumersene autore, non potendosi supporre un uomo così disonorato che voglia torre per moglie una donna ch'egli sappia già incinta per opera di un altro uomo.

La 2.ª è se consti dall' atto di nascita che il marito assistette a quell' atto o in persona o per mezzo di altri da lui specialmente autorizzato per atto autentico, perchè in tal caso si ha una confessione di essere egli il padre.

La 3.ª è se il parto fosse dichiarato non vitale, perchè mancherebbe l' oggetto, non sorgendo più in tal caso il rapporto di paternità e filiazione — Veggasi art. 161.

(3) Teoria uniforme, art. 169.

(4) Il Codice civile invece ne ha fatto un'apposita teoria. Perchè il figlio possa

Digitized by Google

Legittimazione.

§ 210. Altro rapporto derivante dalla natura e dalla legge è la legittimazione. Deriva dalla natura, perchè dev'esservi il vincolo naturale di paternità e filiazione tra colui che legittima e quello che è legittimato. Deriva dalla legge, perchè questa viene a riconoscere ed a convalidare tale vincolo. L'unica differenza che passa tra la paternità e filiazione che provviene da giuste nozze, e quella che provviene da legittimazione, è che nella prima procedono unite e parallele la natura e la legge, mentre nella seconda l'opera di natura precede quella della legge, la quale per una finzione viene a retrotrarsi al tempo in cui quell'opera naturale accadde.

§ 211. La definizione della legittimazione è — *Actus quo liberi illegittimi finguntur ex justo matrimonio nati, et hinc instar legitimorum rediguntur in patriam potestatem.* Vale a dire la legittimazione è la equiparazione de' figli illegittimi a' legittimi mediante una finzione di diritto per la quale quelli si ritengono come nati da giusto matrimonio (1).

---

invocare la presunzione di paternità legittima, si richieggono due condizioni, cioè — 1° che giustifichi la celebrazione del matrimonio tra quelli ch'egli dice suoi genitori, e ciò deve farlo nel modo già detto in nota al § 138.— 2° che provi la sua filiazione, vale a dire che è nato realmente da quella donna, il cui marito egli asserisce essere suo padre.

Quest'ultima prova si fa con l'atto di nascita, art. 170, ed in mancanza di questo atto, la prova si fa col continuo possesso di stato — Or il possesso di stato risulta da una riunione sufficiente di fatti tendenti a stabilire il rapporto di filiazione da una parte, e di paternità e maternità dall'altra parte — I principali di tali fatti vanno dalla scienza indicati co'vocaboli di *nomen*, *tractatus*, *fama*, come abbiamo anche cennato al § 138, cioè che il figlio abbia sempre portato il cognome del padre (*nomen*), che il padre lo abbia sempre trattato come figlio ed abbia provveduto in questa qualità al mantenimento, all'educazione, ed al collocamento di lui (*tractatus*), che sia stato riconosciuto come tale nella società e nella famiglia (*fama*), art. 171 e 172.

L'atto di nascita congiunto con quello di matrimonio, e il possesso di stato quando manchi l'atto di nascita, sono i principali mezzi di pruova della filiazione legittima. Allorchè manchino tanto l'atto di nascita quanto il possesso di stato, si ammette anche la pruova col mezzo di testimonii se il figlio sia iscritto nei registri sotto falsi nomi o come nato da genitori incerti, o si tratti di parto supposto o sostituito, purchè esista un principio di pruova per iscritto, ovvero concorranno presunzioni od indizii risultanti da fatti già certi che valgano a determinare l'ammessione di detta pruova. In questi casi è necessità il rimettere alla prudenza dei Magistrati l'apprezzamento delle circostanze influenti per l'ammissione delle pruove, art. 174.

(1) Teoria uniforme, art. 194.

Digitized by Google

§ 212. Tutta la teoria della legittimazione poggia sopra due principii di diritto:

Il primo è che la finzione deve corrispondere alla realtà di giusto matrimonio che sarebbe stato possibile tra genitori. Di che per diritto romano seguiva che potevano legittimatsi i soli figli nati dalla concubina, perchè per essi vi era la presunzione di paternità naturale pel solo fatto del concubinato, il quale era un istituto ammesso dalla legge come lecita consuetudine di vita, giusta quanto abbiamo detto al § 149. Per tutte le altre unioni tra uomo e donna, non solo mancava quella presunzione per rapporto a' figliuoli, ma i Giureconsulti ritenevano un' assoluta incertezza per la paternità, come meglio spiegheremo parlando or ora della paternità e filiazione naturale. Resti dunque fermo e fisso che potevano legittimarsi i soli figli nati dalla propria concubina (1).

Il secondo è che la legittimazione fa sorgere i diritti e i doveri di patria potestà. Di che seguiva ehe i figli legittimati erano equiparati a' legittimi e che non potea il figlio esser legittimato se non vi avesse consentito, dapoichè andava soggetto ad una potestà ben dura (2).

§ 213. Vedutosi in che consiste la legittimazione, e quali ne sono i principii, rimane a conoscerne i modi.

Questi erano quattro:

1.° *Per subsequens matrimonium*, convertendo il concubinato in matrimonio, investendo cioè il concubinato della *maritalis affectio*, ch'era propria delle giuste nozze, per lo che stimavasi necessaria un' esteriorità che risaltasse all'occhio del pubblico, e che ordinariamente consisteva ne' capitoli matrimoniali (*instrumenta dotalia*) (3).

---

(1) Il principio è uniforme per Codice civile, ma la conseguenza è diversa perchè (come vedremo or ora) il sistema che il Codice ha seguito per la filiazione naturale non è punto simile al Romano — Oggi v'è il sistema del riconoscimento de' figli naturali, e non ha più vigore il concubinato, onde possono essere legittimati quelli che sono stati riconosciuti come figli naturali art. 197, e il riconoscimento può aver luogo quando si tratti di figlio nato da persone tra le quali al tempo del concepimento di lui poteva sussistere matrimonio, art. 180 — Cosicchè il principio suddetto se menava alla conseguenza che potevano per diritto romano essere legittimati i figli nati dal concubinato, oggi invece mena all' altra che possono essere legittimati i figli naturali che sono stati riconosciuti.

(2) Per Codice civile i figli legittimati sono equiparati a' legittimi, art. 197 e 201, ma la legittimazione può farsi senza il loro consenso, perchè lo stato delle persone è di diritto pubblico e non dipende dall'arbitrio de'privati, e d'altro canto la patria potestà ha cambiato principio ed è oggi rivolta all'interesse de'figli e non de'genitori.

(3) Il Codice riconosce la legittimazione per susseguente matrimonio sotto due condizioni, cioè del riconoscimento del figlio naturale per parte di entrambi

Digitized by Google

2.° *Per rescriptum Principis,* per Decreto reale, come direbbesi oggi. Poteva accadere che la moglie fosse morta, e che il marito non potesse più legittimare i figli col matrimonio, onde il mezzo di ricorrere al Principe per vedere aggiunto il vincolo civile al naturale già esistente (1).

3.° *Per testamentum.* Molte volte il rimorso si affaccia nel momento del trapasso di questa vita, ed era d'uopo soddisfare al pietoso desiderio del moribondo (2).

4.° *Per oblationem curiae,* cioè iscrivendo il figlio tra Decurioni, la qual carica era generalmente sfuggita pe' gravi oneri e per le gravi responsabilità che imponeva (3).

Vi fu pure l'altro modo *per arrogationem,* ma ebbe una esistenza combattuta, poichè fu osservato per qualche tempo, poi fu abrogato essendo l'arrogazione riservata a costituire il rapporto di paternità e filiazione soltanto civile, come diremo a proprio luogo parlando dell'adozione.

Rapporto derivante dalla sola natura.

§ 214. La procreazione, come effetto della unione dell'uomo e della donna non convalidata dalla legge mediante le giuste nozze, prende il nome d'illegittima, e i figli son chiamati illegittimi.

---

i genitori, e della celebrazione del matrimonio tra costoro. Purchè concorrano tali due condizioni, a nulla rileva che siensi verificate in tempo diverso—Pertanto la legittimazione è perfetta dal giorno del matrimonio, se il riconoscimente ne abbia preceduto la celebrazione, ovvero si faccia contemporaneamente; e dal giorno del riconoscimento, se questo è posteriore al matrimonio, art. 197.

(1) È anche dal Codice riconosciuta la legittimazione per Decreto Reale, ma sotto determinate condizioni, tra cui precipue son quelle che il genitore si trovi nella impossibilità di legittimare il figlio per susseguente matrimonio, che il genitore non abbia altri figli legittimi o legittimati, e che la Corte di Appello esamini la giustizia della domanda e porti avviso affermativo, art. 198 e 200. Tali limitazioni si spiegano da che è pericolosa l' ingerenza del Principe nello stato delle famiglie, e perchè con tal mezzo potrebbero entrare a far parte della famiglia i figli adulterini e gl' incestuosi a' quali è assolutamenie interdetto — Gli effetti di tale legittimazione si hanno dal giorno dell'ottenuto Decreto, e per riguardo al solo genitore che l' ha domandata, articolo 201.

(2) Il Codice non dà al testamento la forza di produrre una legittimazione che avesse voluto il testatore, ma invece permette che i figli naturali interessati possano implorare la legittimazione per Decreto Reale, e in tal caso si seguono le norme indicate nella precedente nota, art. 194 e 199.

(3) Non v'è per questo punto alcun riscontro.

Digitized by Google

È questo un male, ma è un male necessario. Nell'interesse della morale e nell' interesse stesso dello Stato, nessuno affermerà doversi desiderare che tutti i figli siano legittimi ed abbiano tutti la qualità di legittimi. Se non si facesse distinzione tra la unione legittima e la illegittima, se a qualunque unione si dessero identici effetti giuridici, la santità del matrimonio, che è la pietra angolare dell' edificio sociale, andrebbe perduta, e specialmente l'elemento naturale nel matrimonio invece di essere innalzato e nobilitato all'altezza degli altri elementi costitutivi dell'uomo, come abbiamo detto al § 129, sarebbe abbassato ed abbrutito. D' altro canto se niuna agevolazione si usasse alla umana fragilità e debolezza, e specialmente se non si avesse alcuna considerazione de' figliuoli innocenti, il rigore confinerebbe con la empietà, e la pace stessa delle famiglie sarebbe turbata.

§ 215. Per questo argomento il principio direttivo è che tutte le disposizioni di legge debbono convergere ad uno scopo morale. I mezzi escogitati dai Romani per raggiungere tale scopo sono d' indole diversa da quelli sanzionati dalle vigenti leggi; anzi la diversità de' mezzi si appalesa anche tra le leggi ora in vigore nelle diverse nazioni. Ma sia qualunque la legge, antica o nuova, di questa o di quella nazione, sempre si riscontra quel principio, cioè la moralità dello scopo, l'intento di riparare alla immoralità con provvedimenti che tendono alla moralità.

§ 217. Or quale fu il sistema romano su questo punto? Essi riconoscevano il concubinato, e per considerazioni morali lo proteggevano, perchè, se non si fossero avuti matrimonii legittimi, almeno le unioni rispondessero a determinate condizioni che faceano apparire meno rivoltante e scostumata la tresca illecita, e si evitassero gli adulterii e gli stupri. Ne abbiamo parlato a' § 148 e 149.

L' effetto del concubinato era che i figli nati da coloro che a tal modo conviveano, erano qualificati come naturali (*naturales*, *nothi*) ed aventi de'diritti de' quali parleremo ne'luoghi opportuni. Non vi era bisogno di alcun atto di riconoscimento da parte de' genitori.— Il fatto del concubinato menava alla presunzione della paternità, maternità, e filiazione naturale.

Ma potevano anche nascer figli da altre unioni, ed essi venivano chiamati *vulgo quaesiti*, *spurii*, *bastardi* se fossero nati da persone che non viveano in concubinato: *adulterini* se fossero nati da persone l'una delle quali era con altri ligata in matrimonio: *incestuosi* se da persone tra cui era vietato il matrimonio per parentela.

Per codesti figli, il diritto romano non riconosceva il rapporto di paternità, e invece riconosceva quello di maternità, cosicchè, ad eccezione delle giuste nozze, le quali davano il rapporto di paternità e

Digitized by Google

filiazione legittima, e del concubinato il quale dava il rapporto di paternità e filiazione naturale, negli altri casi i figli non aveano padre noto agli occhi della legge.

Per converso in quanto alla madre, ad eccezione delle sole giuste nozze nelle quali vi era il rapporto di maternità e filiazione legittima, sempre e in tutti gli altri casi v'era il rapporto di maternità e filiazione naturale (Veggansi specialmente il Vinnio e l'Ortolan al § 13 Tit. *de nuptiis* 1,10, e l'Unger nella dissertazione sulla *exceptio plurium concumbentium*, e le Leggi ed autorità da essi citate.

La ragione è chiara e sta nella incertezza della paternità, e nella certezza della maternità.

§. 218. Ma il concubinato scomparve, sebbene avesse resistito molti secoli, ed anche alla influenza del Cristianesimo come abbiamo detto al § 149, e si dovè per conseguenza variar di sistema, e surse l'istituto del riconoscimento. Chi era autore della procreazione e non se ne riconosceva volontariamente autore, poteva esservi costretto in via giudiziale, e si avea tra il generante e il generato il rapporto di paternità, maternità, e filiazione naturale, onde il diritto de'figli specialmente agli alimenti.

Come si vede, la differenza precipua tra il sistema romano e il consuetudinario che lo seguì consisteva in ciò che il romano si poggiava specialmente pel padre sopra una presunzione derivante dal fatto del concubinato, a somiglianza della presunzione della paternità legittima derivante dal fatto del matrimonio; mentre il sistema consuetudinario posteriore non ammetteva alcuna presunzione. La logica si vede rigorosamente applicata nell'uno e nell'altro sistema. La si vede nel primo, perchè, ritenuto il concubinato come un istituto in certo modo se non in tutto legale, costituiva un fatto noto che menava alla conseguenza della deduzione del fatto ignoto della paternità e filiazione. Si vede la logica anche nel secondo sistema perchè, non essendosi più ritenuta la legalità del fatto del concubinato, e qualificandosi anzi questo come immorale, tale fatto costituiva una colpa, un vizio, e la colpa e il vizio non si presumono mai, ma richieggono una prova.

§ 219. Per altro il sistema del riconoscimento, che si ebbe dopo caduto il concubinato, fu doppio, secondochè i Legislatori credettero trovare maggior moralità per un verso anzichè per un altro, seguendo il principio direttivo per questa materia, come abbiamo innanzi cennato al § 215.

Sempre si è ammesso il riconoscimento forzoso della madre, ma in alcuni luoghi si credette secondare il principio morale ammettendo il riconoscimento forzoso anche del padre, e ciò nel fine di com-

Digitized by Google

battere la mala condotta degli uomini, e mantenerli piu ritenuti esponendoli ad un' azione di paternità ed anche per provvedere agl'innocenti figliuoli.

In altri luoghi per converso si credette secondare il principio morale negando l' azione pel riconoscimento forzoso del padre, per reprimere la leggerezza delle donne, per la quiete delle famiglie, e per la tutela della riputazione de' cittadini contro impudenti attacchi.

Le legislazioni vigenti ora in Europa sono divise, chi attenendosi all' uno e chi all' altro sistema.

§ 220. Nelle Nazioni ov'è ammesso il riconoscimento forzoso del padre, i Giureconsulti si sono industriati a ricercar la base del rapporto di paternità e filiazione naturale, perchè tale base decideva per gli alimenti dovuti dal padre nel caso in cui una donna avesse partorito un figliuolo dopo avere avuto commercio con più uomini.— Noi non vogliamo parlare di tal quistione (che oggi si fa in Austria ed anche in Prussia) perchè ci dilungheremmo dal nostro assunto, e d'altronde riuscirebbe inutile pel Codice Italiano. Ma non possiamo fare a meno di ricordare la dottrina per quella base, affinchè i giovani abbiano una idea chiara della teoria.

Or secondo alcuni, la base di quel rapporto sorge da un delitto civile, quale sarebbe l' illecita unione: secondo altri, sarebbe invece la consanguineità indotta dalla procreazione illegittima; e finalmente secondo una terza opinione la base sarebbe il semplice fatto della procreazione quale atto di per sè sussistente.

Basti così per questo punto, e i giovani sappiano che di tali tre idee, è più prevalente la seconda, per la quale parlano le ragioni più concludenti.

§ 221. Ma il riconoscimento con gli effetti giuridici concessi ai figli naturali, per diritto consuetudinario è stato sempre vietato in quanto a' figli adulterini e incestuosi, e soltanto il Diritto Canonico addolcì per questi l' estremo rigore, ammettendo il diritto agli alimenti se mai venisse a scovrirsi il loro rapporto co'genitori (1).

(1) Per Codice civile i figli nati fuori di matrimonio si chiamano *naturali* quando sono nati da persone fra le quali al tempo del loro concepimento poteva sussistere matrimonio anche col mezzo di dispensa, *adulterini* quando l'uno dei genitori o entrambi erano ligati in matrimonio con altra persona, *incestuosi* quando i genitori sono ligati da grado di parentela che non ammette dispensa, art. 179, 180, 193, 752, 767, e 1053.

Ed è ammesso il riconoscimento pe'soli figli naturali, e non per gli adulterini e incestuosi, art. 179, e 180. Il divieto per questi due ultimi è fatto per motivi di pubblica morale, e per non infliggere sulla loro fronte una macchia ignominiosa che sarebbe peggiore della oscurità de'loro natali.

Se non che il riconoscimento de'figli naturali può esser fatto volontariamen-

Digitized by Google

Rapporto derivante dalla sola legge

§ 222. Si à per l'adozione, la quale è un'altra finzione di diritto, poichè con essa si ritiene alcuno figlio ad altri, mentre tale non è.

L' uso n' era frequente presso i Romani, perchè mediante l' adozione si facevano entrare nella famiglia agnatizia i parenti del sangue cioè i cognati.

La definizione è : — *Actio solemnis qua in locum filii vel nepotis adsciscitur is qui natura talis non est.* Dal momento che anche i ni-

---

te dal solo padre, o dalla sola madre, o da tutti e due insieme, nell'atto di nascita, o con un atto autentico anteriore o posteriore alla nascita, e produce effetto riguardo a quel solo genitore che ha riconosciuto la prole, art. 181 e 182.

Ma il riconoscimento forzoso non è ammesso pel padre, invece è ammesso per la sola madre, essendosi pel principio morale ritenuto più conveniente in Italia il sistema del diniego per la indagine della paternità e ciò per le ragioni che abbiamo cennato parlando de'sistemi differenti, art. 189. Ma vi è una eccezione pel caso in cui sievi stato stupro violento o ratto quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento, perchè un fatto pubblico e criminoso porge gravissima presunzione contro lo stupratore e il rapitore che sono indegni di ogni riguardo, art. 189.

Le indagini sulla maternità sono ammesse, perchè la madre *semper certa est*, come abbiamo detto al § 207. Ma la legge prende giuste precauzioni circa il genere di prova, prescrivendo che la maternità non possa essere provata con testimoni, se non con un principio di prova per iscritto, o se non concorrano presunzioni ed indizii risultanti da fatti già certi ed abbastanza gravi per determinare l'ammissione della pericolosa prova testimoniale. La ragione è che troppo grave pericolo, e troppo grande sventura sarebbe per le donne oneste, se il loro onore potesse venire facilmente compromesso da testimoni compiacenti o subornati, art. 190.

Il padre e la madre naturale non hanno la patria potestà, ma la tutela, articolo 184, e i loro rapporti con la prole confrontati con quelli della patria potestà sono più limitati. Non vi è il rapporto di ordine morale, di rispetto, obbedienza ec., perchè i genitori sono stati immorali. Vi è il rapporto giuridico personale di educazione, di coabitazione, e di correzione, art. 184 e 186. Vi è il rapporto giuridico relativo a'beni, ma è ristretto all'amministrazione essendosi a'genitori naturali negato l'usufrutto legale in pena della loro colpa art. 184.

Lo stato sociale del figlio è assicurato col nome di famiglia del genitore che lo à riconosciuto, o di quello del padre se è stato riconoscito da ambidue i genitori art. 185, e col diritto a succedere in una quota di cui si parlerà nella teoria successoria.

Ma non ostante il divieto del riconoscimento de'figli adulterini e incestuosi, se la filiazione di codesti sventurati viene ad emergere in modo indubitato senza la loro opera, la legge seguendo il diritto Canonico, loro permette di giovarsene per ottenere gli alimenti dagli autori della loro misera esistenza, articolo 193.

Digitized by Google

poti erano sotto la patria potestà dell'avo vivente, questi potea adottare alcuno come nipote. Or accadeva l' adozione in qualità di nipote, quando l'adottante avesse avuto un figlio che non facea prole, onde (come vedremo) si ricercava il consenso del figlio. (1)

§ 223. L' adozione, parola generica, comprendeva l' arrogazione e l' adozione propriamente detta.

L'arrogazione si aveva quando si adottava alcuno che era *sui juris*. Essa riduceva sotto la patria potestà chi non vi era sottoposto, e fu così detta da che si dovea fare per legge nei comizii, *rogatio populi*, e l'arrogato passava sotto il potere dell'arrogante con tutte le persone che da lui dipendevano. Di poi ai tempi degl'Imperatori, si faceva per rescritto del principe.

L'adozione si avea quando si adottava alcuno che era *alieni juris*, cioè che era sottoposto alla patria potestà altrui. In antico le forme manifestavano molto bene la estinzione della patria potestà per parte del padre naturale, e l'acquisto di essa per parte dell'adottante, perchè l' adozione si faceva con le forme della mancipazione per *aes et libram*, e consistevano in una triplice vendita ed in una cessione *in jure*. Poi fu permesso che si facesse per dichiarazione innanzi al Magistrato.

Sempre però, e specialmente nell' arrogazione, era richiesta una indagine sulle circostanze di fatto che la consigliassero: *exquiritur caussà arrogationis, an honesta sit, expediatque pupillo.*

L'adozione propriamente detta fu da Giustiniano distinta in piena e semipiena. Piena se un ascendente adottava un discendente. Semipiena quando l' adottante era un estraneo. La differenza che vi era tra l'una e l'altra consisteva in ciò che nell'adozione piena, il padre naturale perdeva i diritti di patria potestà e li acquistava l'adottante, e nell' adozione semipiena i diritti di patria potestà non si acquistavano dall' adottante, ma restavano presso il padre naturale, e intanto l'adottato conservava i suoi diritti nella famiglia paterna donde usciva, e li acquistava nella famiglia di adozione nella quale entrava. Il doppio diritto che si riuniva a tal modo nell' adottato, rendeva assai vantaggiosa la sua condizione specialmente per la successione all' eredità del padre e dell' adottante.

La distinzione tra adozione piena e semipiena fu fatta da Giusti-

(1) Per Codice civile l'adozione si è ritenuta, non ostante la critica fatta di essere istituzione derivante da concetto aristocratico, di non esser conforme ai costumi della odierna società, di esser fattura artificiale che altera il vero stato delle persone ecc: — Si è creduto mantenerla perchè soddisfa al desiderio di assicurare la stirpe, e si presta ad atti di beneficenza. L'adozione oggi si riduce ad una trasmissione di nomi e di beni, articolo 202 e seguenti.

Digitized by Google

niano, perchè accadeva che chi era emancipato dall' adottante, non succedeva nè all'adottante nè al padre naturale. Ciò non quando gli adottanti fossero gli ascendenti, perchè vi era il legame del sangue. Ma si avverta che l'adozione dell'ascendente avveniva quando questi non godeva patria potestà. Si ricordi che nella famiglia romana comandava l' ascendente paterno più remoto, ed avea sotto la sua potestà e figli e nipoti. Ma se un figlio fosse stato emancipato ed avesse poi preso moglie e procreato figliuoli, questi non cadevano sotto la potestà dell' avo perchè il ligame agnatizio si era disciolto con la emancipazione, onde in tal caso l'ascendente paterno poteva adottare il discendente. Similmente l'ascendente materno, che non avea mai patria potestà su'figli della figlia la quale era entrata col matrimonio a far parte di altra famiglia, ben potea adottare uno di essi.

Nel caso di adozione dell' ascendente, l' adottato perdeva i diritti della famiglia donde usciva, ed acquistava quelli della famiglia in cui entrava, ma il ligame del sangue e l'affezione dell'ascendente adottante erano garanti della sorte dell' adottato (1).

---

(1) Per Codice civile non vi è più distinzione tra arrogazione ed adozione e tra adozione piena e semipiena. — Invece, seguendosi il sistema generalmente invalso per diritto consuetudinario, viene riconosciuta la sola adozione semipiena come regola e senza eccezioni — Ridotta l'adozione ad una trasmessione di nome e di beni, come abbiamo detto nella nota precedente, era d'uopo che all'adottato si mantenessero intatti i diritti derivantigli dalla famiglia donde usciva, e gli si desse con l'adozione un vantaggio sicuro, art. 210 e 212.

Inoltre, abbattuto il principio del dominio nella patria potestà, e surrogato dall'altro della protezione del figlio nell'interesse di costui, come pure surrogata la famiglia agnatizia civile dalla famiglia naturale derivante dal sangue, come abbiamo detto a'§ 94 e 95, ne è conseguito che per legge odierna il padre naturale non perde la patria potestà art. 212, e ne'doveri da questa derivanti concorre, occorrendo, anche l'adottante art. 211.

Per l'adozione è necessario il consenso dell'adottante e dell'adottato, e se essi ànno padre, madre, o coniuge v'è anche d'uopo del consenso di costoro; e quando l'adottato non à genitori viventi, deve concorrere l'approvazione del Consiglio di famiglia o di tutela, art. 208 e 209.

In quanto alle forme, oggi è richiesta una dichiarazione innanzi al Presidente della Corte di Appello per parte di tutti coloro che debbono prestare il consenso, ed una pronuncia della Corte, alla quale è libero di far luogo o no all'adozione, dopo assunte le opportune informazioni, art. 213 a 216 — Queste corrispondono all'*exquiritur caussa, an honesta sit*, del diritto romano — La ragione principale oggi è che per mezzo dell'adozione si apre facilmente l'adito a legittimare la prole di cui la legge vieta il riconoscimento. Su questo punto le Corti di Appello sogliono guardare con molta cura per evitare frodi alla legge, la quale nell'art. 205 stabilisce che i figli nati fuori di matrimonio non

Digitized by Google

§ 224. Rimane ora a vedere quali sono i principii direttivi in materia di adozione, e quali ne sono le conseguenze.

Tali principii sono due:

1.ª *Adoptio imitatur naturam.* Cioè è una finzione di diritto, inventata nel fine di dare sollievo a chi non ha figli e che deve corrispondere alla realtà della natura. Di che segue (1).

a) che potevano adottare quelli soli che erano *sui juris*, non mai quelli che si trovassero sotto la patria potestà (2).

b) che lo potevano gli spadoni cioè coloro che non avevano la forza generativa, a meno che non fossero castrati; perchè per quelli vi era la possibilità di riacquistare la potenza, onde la finzione della legge corrispondeva alla natura. Ma in definitiva al tempo imperatorio si diè anche a' castrati la facoltà di adottare perchè essi non aveano colpa dell'infelice loro stato (3).

c) quelli soli che avevano compiuto i sessanta anni, dopo i quali si presume che si lasci *studere liberis procreandis* (4).

d) differenza di 18 anni se l'adozione si fa come figlio, di 36 come nipote (5).

e) potevano adottare quei soli che non avevano figli (6).

f) era necessario il consenso del figlio se si volea dal padre di lui adottare alcuno come nipote (7).

g) era necessario il consenso dell'adottato e del genitore di lui (8).

h) non potevano adottare le femmine, meno per rescritto sovrano quando avessero perduto il figlio proprio, senza che per altro avessero potuto esercitare la patria potestà (9).

---

possono essere adottati da'loro genitori, perciocchè o si tratta di figli naturali riconosciuti e allora si ammette la legittimazione art. 194 e 197, o si tratta di figli adulterini e incestuosi e in questo caso la ragione del divieto del riconoscimento e della legittimazione si ripresenta identica anche per l'adozione, art. 195 e 205.

(1) Principio uniforme, come si vede dalle seguenti note.

(2) Teoria uniforme, perchè l'adottante deve avere 50 anni almeno e a 21 finisce la patria potestà, art. 202, 220.

(3) Non vi è oggi divieto pei castrati.

(4) Oggi può adottare chi à compiuto i cinquanta anni, art. 202.

(5) La differenza odierna è di diciotto anni, art. 202. Non vi è adozione come nipote.

(6) Uniforme art. 202.

(7) Non vi è per Codice civile, perchè manca la patria potestà dopo che il figlio ha compito i 21 anno.

(8) Uniforme art. 208.

(9) Per Codice civile le femine possono adottare, perchè non sono escluse dalla patria potestà, e d'altro canto oggi l'adozione si riduce ad un atto di liberalità, art. 202.

Digitized by Google

i) non poteano adottarsi i figli naturali, cioè quelli nati dalla concubina perchè essi poteano legittimarsi, nè poteano adottarsi gli adulterini e gl'incestuosi (1).

2.° *Adoptio non jus sanguinis sed jus agnationis adfert.* Cioè l'adozione è ligame strettamente civile essendo creazione fittizia della legge (2). Di che segue.

a) Che l'adottato prendeva il nome e la nobiltà della famiglia (3).

b) che succedeva agli agnati, cioè a quelli della famiglia civile (agnazione) non a quelli della famiglia naturale (cognazione) (4).

Modi pe' quali si perde la patria potestà.

§ 225. Dal momento che la patria potestà romana si riduceva ad un dominio, come abbiamo detto al § 196 è principio generale che essa perdevasi in tutti que' casi ne' quali si perdeva il dominio (5).

Laonde la patria potestà finiva.

1.° Per morte, sia del padre, sia del figlio, avvertendo però che i nipoti i quali erano sotto la potestà dell'avo cadevano, dopo morto costui, sotto quella del padre. Alla morte naturale era equiparata la morte civile, cioè la massima e media diminuzione di capo, vale a dire la perdita della libertà e della cittadinanza, secondochè abbiamo spiegato al § 108 (6).

2.° Per adozione piena, come si è detto al § 223 (7).

3.° Per privilegio in favore di alte dignità sacerdotali, civili, e militari, che qui sarebbe lungo ed inutile l'esporre (8).

(1) Teoria uniforme, art. 205.

(2) Principio uniforme, art. 212,

(3) Oggi l'adottato assume il cognome dell' adottante e lo aggiunge al proprio art. 210.

(4) L'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell' adottato, nè tra l' adottato e i parenti dell'adottante, salvo per gl' impedimenti al matrimonio, art. 212 e 60.

(5) Il principio romano è stato del tutto bandito, come abbiamo esposto a lungo parlando della patria potestà, la quale oggi à un principio opposto che consiste invece nell'interesse de'figli.

(6) Variato il principio, si à che oggi la patria potestà dura fino all'età maggiore del figlio, cioè fino a 21 anno, art. 220 e 233. Per la perdita di libertà, si à la perdita della patria potestà soltanto ne'casi di condanna a morte, all'ergastolo, e a'lavori forzati a vita, art. 3 disposizioni transitorie del Codice civile — La perdita della cittadinanza non importa perdita di patria potestà, art. 6 disposizioni preliminari del Codice civile, ed art. 3. Cod. civ.

(7) Oggi la patria potestà non si perde per adozione art. 212. V. nota a tale § 223.

(8) Oggi non vi sono privilegi che esimano dalla patria potestà, nè ve ne sarebbe necessità essendosi cangiato principio, ed essendosi pur limitata fino alla maggiore età del figlio.

Digitized by Google

4.° Per emancipazione, e su di questa noi dobbiamo fermarci.

Essa è definita — *filiorum familias a patria potestate liberatio.*

Era frequente presso i romani, perchè durando la patria potestà per tutta la vita del padre, vi era sovente la convenienza di liberarne il figlio, e così per renderlo più libero nella professione cui si addiceva, pe' mali trattamenti cui il padre si avanzasse ecc:

La emancipazione vien distinta in volontaria e forzosa.

Emancipazione volontaria.

§ 226. Questa à subìto varie forme. La forma antica era quella della vendita fatta, non realmente, ma per finzione. Trattavasi di togliere un membro da una famiglia, e i prischi modi nelle variazioni di stato ricercavano gravi solennità. Si fingeva dunque una vendita che il padre facea del figlio ad un amico, il quale lo liberava, e ripetuta codesta finta vendita e codesta liberazione per tre volte, il figlio restava disciolto dalla patria potestà. Per altro il padre per non perdere i diritti di patronato come manomittente, diritti importanti perchè aveano anche influenza nella successione come si è detto al § 87, facea obbligare il finto compratore nella terza vendita a rimancipare il figlio a lui per potere egli renderlo libero e indipendente. Tale obbligo si chiamava *pactum fiduciae*, onde il finto compratore chiamavasi *pater fiduciarius*. Per lunghi secoli durò questa forma finta di vendita (*mancipatio*) e da essa l'istituto ha preso il nome di emancipazione. L' Imperatore Anastasio permise che l' emancipazione potesse anche farsi per *rescriptum Principis*, per Decreto Reale, come oggi diremmo.

Giustiniano finalmente stabilì che la emancipazione era valida anche quando si fosse fatta con una dichiarazione innanzi al magistrato competente (1).

Intanto per la emancipazione era richiesto il consenso del figlio, o almeno che questi non vi avesse dissentito, purchè non si trattasse d'*infantes*.

Tutto ciò era pe' figli soggetti alla patria potestà. Pe' minori poi che (come vedremo) andavano soggetti alla cura, v'era la *venia aetatis* che si concedeva dagl'Imperatori, e che era analoga alla emancipazione.

Ne' secoli posteriori, e per diritto consuetudinario, si ammise come emancipazione tacita il fatto del matrimonio di chi era sottoposto a

---

(1) Il Codice civile à ritenuto la forma giustinianea, e dichiarato che la emancipazione si effettua mediante dichiarazione fatta davanti il pretore, art. 311.

Digitized by Google

patria potestà ed a tutela, concorrendovi specialmente l'altro elemento della economia separata (1).

§ 227. L'emancipazione menava all'effetto di rendere l'emancipato libero dispositore delle sue cose, ma se egli fosse stato minore, cioè non fosse giunto a' venticinque anni, ed avesse ottenuto la *venia aetatis* dal Principe, non poteva alienare immobili o ipotecarli senza l'assistenza di un curatore al modo stesso ch'era prescritto pe' minori di età (2). Ma l'altro effetto più grave era che si scioglieva tra il padre emancipante e il figlio emancipato il nesso agnatizio di famiglia, e mancava il diritto a succedere, ciò che il pretore emendò, e fu anche meglio corretto al tempo degl'Imperatori i quali favorirono semprepiù la cognazione (3).

L'emancipazione fatta dal padre si rescindea per ingratitudine del figlio, poichè v'era il vantaggio di renderlo libero, a quale uopo il padre avea diritto di far sua una parte del peculio avventizio del figlio che emancipava, parte che era prima nel terzo in proprietà, e che fu poi ridotta alla metá in solo usufrutto (4).

---

(1) Per Codice civile può essere emancipato tanto il minore che è sotto la patria potesta, quanto quello che è sotto tutela, purchè abbia raggiunto gli anni diciotto, art. 311, 312, e 313. Si à pure la emancipazione tacita col matrimonio, concorra o no l'altro elemento della economia separata, art. 310.

(2) Per Codice civile si può emancipare il solo minore, perchè tanto la patria potestà, quanto la tutela finiscono con la maggiore età, onde il minore emancipato à un curatore, la cui nomina è deferita dalla legge con riguardo alla unità della famiglia. art. 314 e 315. Per la emancipazione il minore à facoltà di fare da sè solo tutti gli atti che non eccedano la semplice amministrazione, art. 317: in quanto agli altri atti è necessaria l'assistenza del curatore, e per gli atti più importanti è mestieri ancora dell' autorizzazione del Consiglio di famiglia e di tutela, e della omologazione del Tribunale, art. 318, 319, 320.

(3) Per Codice civile la emancipazione nulla detrae al vincolo di parentela.

(4) Per Codice civile non è ammessa rivocazione per ingratitudine, perchè non è molto il favore che il padre fa al figlio quando lo emancipa. Nè il padre à in tal caso diritto ad alcuna parte de'beni del figlio. Invece, valutandosi sempre nella patria potestà il novello principio dell'interesse del figlio, e non quello del padre, si ammette la rescissione della emancipazione quando gli atti del minore emancipato lo dimostrino incapace di amministrare, art. 321. La ragione è che molti atti di cattiva amministrazione possono gravemente compromettere il patrimonio del minore, perchè in breve tempo egli potrebbe fare molti atti disastrosi.

Digitized by Google

Emancipazione forzosa.

§ 228. Il principio del dominio che si riconosceva nella patria potestà romana, e che era di guida per tutti i modi co' quali si perdeva la patria potestà, si riscontrava anche nella emancipazione forzosa.

Il figlio era cosa rispetto al padre, e non potendosi perdere le cose se non di propria volontà o per pena, ne seguiva che in pena il padre era costretto ad emancipare il figlio ne' seguenti casi.

1.° per sevizie del padre

2.° per prostituzione della figlia

3.° per esposizione d'infante

4.° per essersi dal padre contratte nozze incestuose.

Per altro si avverta che, se vi era emancipazione forzosa di chi non avesse compito i venticinque anni, egli cadeva sotto tutela o sotto cura in ragione della sua età; ed era liberato all' intutto alla maggior età.

Inoltre il figlio dell'arrogato poteva, divenuto maggiore, reclamare la sua liberazione, e non riconoscere l'arrogazione paterna in quanto a sè (1).

Alimenti in famiglia

§ 229. L' obbligo degli alimenti può provvenire da tre cause diverse, cioè da convenzioni, da testamenti, e dalla legge. Noi dobbiamo limitarci ora a quest' ultima soltanto, e veder quali ne sono le norme, poichè per gli alimenti convenzionali si sta precipuamente alla volontà de'contraenti, e per gli alimenti testamentarii alla volontà del testatore.

La legge impone un obbligo di alimenti tra congiunti, perchè è troppo giusto che essi si soccorrano nelle loro urgenze. Ond'è che

---

(1) Quì è da ripetere che il principio è cambiato, riscontrandosi oggi nella patria potestà l'interesse del figlio e non del padre — E ciò mena ad un altro ordine d'idee in quanto all'emancipazione forzosa — La patria potestà si fonda oggi sopra un dovere del genitore, e a poterlo bene raggiungere la legge gli concede de'diritti e gl'impone de'doveri speciali — Ne abbiamo a lungo parlato innanzi — Or se egli abusi de'diritti o trasgredisca i doveri, il figlio è sottratto dalla sua autorità, e gli vien nominato un tutore. Può essere ne'casi più lievi parzialmente scemata la potestà paterna con un curatore a'beni del figlio — Art. 233 Cod. civ. L'art. 423 del Codice penale non è che una conseguenza di tali principii

Digitized by Google

gli alimenti imposti dalla legge si dicono dovuti *jure sanguinis*, e quelli stabiliti da una convenzione o legati in un testamento *jure actionis* (1).

§ 230. Or, innanzi tutto, che cosa comprendono gli alimenti dovuti per legge?

Non si creda che si restringano al solo vitto, perciocchè senza dubbio si estendono invece anche al vestito, all'abitazione, ed ai medicinali. *Verbo victus continentur quae esui, potuique, cultuique corporis, quaeque ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque victus habere vicem, Labeo ait. Et caetera quibus tuendi, curandive corporis nostri gratia utimur, ea appellatione significantur.* Fr. 43 e 44 *de verborum significatione* 50, 16. Si è dubitato invece se negli alimenti si comprenda anche l'educazione, ma si ritiene generalmente l'affermativa, perchè l'alimento intellettivo è il più nobile e dev'esser posto in prima linea. Veggasi specialmente il Voet al Titolo *de agnoscendis et alendis liberis* n. 4. (2).

§ 231. Ma chi è obbligato a dare gli alimenti?

Lo è senza alcun dubbio e in primo luogo il padre. Quando egli non possa, si è ritenuto che dovea darli l' ascendente paterno, e in suo difetto la madre,e non potendo nè anche costei lo ascendente materno. Altri invece sostiene che in mancanza del padre doveva provveder la madre, e in mancanza di questa l'ascendente paterno, e dopo di lui l' ascendente materno.

Si disputa ancora se per diritto romano v'era obbligo di alimenti tra fratelli e sorelle. Più viva controversia v' è se esisteva obbligo di alimenti tra affini, e specialmente tra suocero e suocera, genero e nuora. Non potendosi in un trattato elementare entrare in minute dispute intorno ad argomenti dibattuti, ci basterà rimandare i giovani a ciò che ne dicono i più gravi scrittori, come il Voet al Titolo *de agnoscendis vel alendis liberis* N. 6, 7, 8, 9 e 10—l'Arndts § 348 — il Thibaut, *ricerche* 1, e 12.

Ad ogni modo è regola sicura che il diritto agli alimenti è reciproco, e così se il padre deve alimentare il figlio, viceversa il figlio deve alimentare il padre ecc. (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 138 e seguenti, 846 e 1098.

(2) Teoria uniforme, argom. art. 138 ed 846.

(3) Per Codice Civile l' obbligo degli alimenti spetta al padre ed alla madre in proporzione delle loro sostanze, computati nel contributo della madre i frutti della dote. La ragione è che la società coniugale è sempre una società, e che perciò tra i genitori deve osservarsi perfetta uguaglianza. Quando essi non abbiano mezzi sufficienti, tale obbligo spetta agli altri ascendenti in ordine di prossimità, cosicchè gli avi escludono i bisavi, art. 138.

Digitized by Google

§ 232. A compimento della teoria alimentaria, resta a ricordare il principio che per definirne la quantità bisogna avere il criterio della proporzione tra le facoltà di colui che li deve, e il bisogno di quello che li chiede. Veggasi Voet al titolo *de agnoscendis et alendis liberis* N. 13.

Di che segue che non si ha sempre una misura identica nell'assegno degli alimenti, ma deve aversi considerazione alle varie condizioni delle persone che ne hanno il diritto, e cosi una signora educata civilmente ha maggiori bisogni di una contadina, e lo stesso vitto è differente tra di loro. Segue del pari che quella misura è variabile, secondochè varia la fortuna di chi riceve e di chi dà gli alimenti, potendo avvenire che cada in povero stato colui che li dà, o che abbia una prospera sorte colui che li riceve (1).

Riguardo poi a'figli adottivi, l'obbligo dell'adottante precede per gli alimenti quello de' genitori, art. 211.

Inoltre vi è obbligo di alimenti strettamente necessarî tra fratelli e sorelle, quando per un difetto di corpo o di mente, o per qualsivoglia altra causa non imputabile a loro colpa non se li possano procacciare, art. 141, come ad esempio una infelice sorella vedova con tenera e numerosa prole.

S'impone pure l'obbligo degli alimenti tra suocero, suocera, genero, e nuora, quando duri il matrimonio del coniuge da cui deriva l'affinità, o almeno quando sieno superstiti i figli che ne sono nati, perchè diversamente il ligame di affinità se non è estinto, art. 52, almeno si è rilasciato — Cessa l'obbligo quando la suocera o la nuora sieno passate a seconde nozze, art. 140, perchè esse ànno diritto agli alimenti da'nuovi mariti, art. 132 e 142.

Anche oggi il diritto agli alimenti è reciproco, art. 139, 140 e 141.

Tutte le suddette persone obbligate agli alimenti non lo sono cumulativamente, ma successivamente e con quest' ordine, cioè: — 1.° coniuge — 2.° discendenti — 3.° ascendenti — 4.° genero e nuora — 5.° suocera e suocero — 6.° fratelli e sorelle. — E così se alcuno à bisogno di alimenti non può a suo piacere rivolgersi al padre, al fratello ecc., ma deve innanzi tutto rivolgersi al coniuge, e se questi non può al figlio, e nè anche costui avendone i mezzi, deve dirigersi al padre, e così via via agli altri ascendenti, al genero e alla nuora, al suocero e alla suocera, e in ultimo a' fratelli e alle sorelle, art. 142.

Il Codice si è pure occupato intorno al modo di prestare gli alimenti, sopra cui il Diritto romano taceva. E dà la scelta all'obbligato o di soddisfare a tale obbligazione mediante una pensione alimentaria, o di ricevere e mantenere in propria casa colui che vi à diritto. Ma perchè alcuna volta può riuscire pericolosa e forse impossibile la coabitazione, la legge dà facoltà a' Magistrati di determinare l' uno o l' altro modo privando della scelta l' obbligato, ovvero combinando l' uno e l' altro, art. 145.

(1) Teoria uniforme, art. 143 e 144.

Digitized by Google

TUTELA

§ 233. La tutela à la sua ragione nella necessità sociale di soccorrere i deboli, e la debolezza provviene da cause generali o particolari. Generali son quelle che toccano tutto il genere umano per riguardo all' età essendo lento e graduale lo sviluppo fisico e intellettivo ; ovvero quelle che ne toccano la sola bella metà, non potendosi nella donna riconoscere la stessa forza dell' uomo. Le cause particolari poi son le altre che accidentalmente incolgono qualcuno per vizio di mente o di corpo, come accade ne'matti, ne' prodighi, ne' sordomuti ecc. (1).

La legge dovea provvedere alla difesa di tutti codesti deboli, e lo fa con l' istituto della tutela, così detta da *tueor* difendere.

§ 234. Ma la difesa dev'essere adatta al bisogno. E sarà più estesa e più rigorosa colà dove le necessità sieno maggiori; più ristretta e più mite dove sieno minori. Onde la distinzione tra la tutela per l'un caso e la cura per l' altro.

Il sistema romano fu di applicar la tutela, cioè la difesa più pronunziata, alle cause generali di debolezza derivanti dall'età e dal sesso; e la cura, cioè la difesa meno energica, alle cause particolari. La tenera età à bisogno di tutto, onde la difesa dev'esser completa. — La donna sempre si raccomanda pe' riguardi dovutile e in quanto alla sua connaturale fiacchezza, e pel pudore che è il suo migliore ornamento, onde è giusto ch' ella trovi sempre chi la difenda. Per gl'infelici poi, colpiti da sciagure per le quali restano viziati di mente o di corpo, il precipuo pensiero dev' esser quello di provvedere ai loro beni, essendo troppo scarso il soccorso che può darsi alla loro persona (2).

§ 235. Per codeste differenze gli antichi scrittori àn formolato due

(1) La tutela della donna, scomparsa già in diritto romano, come diremo a suo luogo, oggi avrebbe minor ragione di esistere dopo che col progresso sociale si è rialzata la condizione di lei. Ella, a pari dell'uomo, diviene maggiore di età, ed esce di tutela ed anche dalla soggezione paterna a'21 anno, art. 240 e 323.

(2) Il sistema del Codice Italiano è di distinguer pure la tutela dalla cura, di far differenza molto grave tra l'una e l'altra, ma di non lasciar sotto tutela chi si trovi in condizione di abituale infermità di mente che lo renda incapace di provvedere a'proprii interessi, art. 329, perchè chi à perduto la ragione dev'esser trattato come il minore la cui ragione non è ancora formata (veggasi il discorso di Emmery oratore del governo ne'motivi del Codice Francese). Inoltre il Codice à posto sotto tutela i condannati a morte, a'lavori forzati a vita o a tempo, e alla reclusione, art. 22. Codice penale, e art. 3 Disposizioni transitorie del Codice civile.

Digitized by Google

massime di diritto, l'una per la tutela, e l'altra per la cura, e sono *Tutor datur primario personae non rebus. Curator primario rebus, personae tantum per consequentiam datur.*

Ma i moderni espositori di diritto romano in generale non le riconoscono. Alcuni non ne parlano, altri le dicono false, altri in fine cercano spiegarle diversamente.

Che se ne debba parlare, e che non sieno false, si à da testi, che non si possono certamente disconoscere, e che vogliamo qui riportare.

Per la prima massima. — Inst. qui testamento tutores dari possunt. 1, 14, 4. « Certae autem rei vel caussae tutor dari non potest, « quia personae non caussae vel rei datu ».

Fr. 14 de testamentaria tutela 26-2. « Quia personae non rei vel « caussae datur ».

« Fr. 11. § 3. de administratione et periculo tutorum et curatorum 26-7. « Cum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli « praeponatur, in primis mercedes praeceptoribus constituet. »

Per la seconda massima.—Fr. 20. de ritu nuptiarum 23-2. « Sciendum est ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla an non: « quia officium ejus in administratione negotiorum constat. Et ita Se- « verus et Antoninus rescripserunt in haec verba: ad officium cura- « toris administratio pupilli pertinet: nubere autem pupilla suo arbi- « trio potest. »

L. 8 C. de nuptiis 5-4. « In copulandis nuptiis, nec curatoris, qui « solam rei familiaris sustinet administrationem, nec curatorum vel « adfinium ulla auctoritas potest intervenire ».

La spiegazione diversa che da altri si dà consiste in ciò che se dicevasi per Diritto romano che il tutore si dava alla persona, accadeva sol perchè egli integrava la persona del pupillo negli atti giuridici, intervenendovi come *auctor*, il che non era pel curatore il quale dava il semplice consenso anche prima o dopo il negozio. Tale punto sarà meglio schiarito parlando delle attribuzioni del tutore e di quelle del curatore.

Forse potrebbe anche ammettersi questa spiegazione, ma che il tutore abbia precipua cura della persona e come per conseguenza de'beni, e che viceversa il curatore abbia precipuo pensiero de'beni e come per conseguenza della persona, non si può impugnare.

Bisogna intender bene quelle massime. Non è già che il tutore debba limitarsi soltanto alla persona, e il curatore soltanto a' beni; ma invece il tutore à come sua attribuzione più spiccata e rilevante quella che tiene alla persona, e il curatore quella che tiene a' beni, non impugnandosi punto che il tutore abbia l'ammini

Digitized by Google

strazione, e che il curatore debba anche volgere un pensiero alla persona.

Tale differenza tra la tutela e la cura si fonda sulla differente difesa che debbono adoperare il tutore e il curatore, e sulla prevalenza che à la persona in rapporto alla cosa. Il tutore à doppia cura, l'una rivolta all'indirizzo morale e allo sviluppo intellettivo e fisico del pupillo, e l'altra all'amministrazione de' beni. Il curatore ne à anche due, l'una per la stessa amministrazione, e l'altra pel vizio che offende la persona a lui confidata. Ma valutate le cure di entrambi si trova che quelle relative alla persona del pupillo son molto gravi, e le altre da impiegarsi sulla persona di chi à un vizio di mente o di corpo sono per converso molto lievi. Che il pregio della cosa, sia qualunque, non può mai uguagliare quello della persona, non v'à chi possa dubitarne.

Scostarci senza valida ragione da ciò che à formato per secoli un punto di diritto che ben può chiamarsi tradizionale, ci sembra in realtà troppo arrischiato, e mal vi ci sapremmo adattare (1).

§ 236. Del rimanente tanto la tutela quanto la cura sono un *munus publicum*, ed entrambi ànno un organismo identico.

Munus publicum significa officio pubblico, che non può rifiutarsi. Vedemmo già nel § 18 la differenza tra gli *honores*, e i *munera* per rapporto a'diritti politici. Or tra i *munera* rientravano le tutele e le cure, le quali potevano esercitarsi da'soli cittadini romani. Essendo poi pubblico l'ufficio, ne'seguiva che i figli di famiglia maggiori di età e sottoposti all'autorità paterna, e perciò considerati come cosa rispetto a lui, potevano ciò non ostante esser tutori, perchè la patria potestà romana taceva pe'pubblici ufficii che aveva il figliuolo. E seguiva del pari che non potevano esser tutrici nè curatrici le femine perchè queste debbono astenersi da pubblici uffizii, e soltanto per eccezione vi furono ammesse al tempo degl' Imperatori la madre e l'avola (2).

---

(1) Per Codice civile specialmente la prima delle due massime suddette deve anche ritenersi, sia perchè il tutore à oggi un'autorità molto estesa sulla persona del minore, art. 277 e 279, sia anche perchè chi à un vizio di mente assai pronunziato cade sotto tutela, art. 329.

La seconda massima è anche vera avendosi più di tutto riguardo alla cura che si presta dal genitore al figlio emancipato, dal marito alla moglie minore, alla cura de'ciechi, degl'infermi di mente in grado limitato ec: art. 315, 339, 340.

(2) Anche oggi la tutela e la cura sono officii pubblici che non possono rifiutarsi, arg. art. 272 e seguenti; ma non costituiscono più diritti politici e invece diritti civili comuni anche agli stranieri. Veggasi nota al § 18. Le don-

Digitized by Google

§ 237. In quanto poi all' organismo della tutela e della cura, il criterio Romano era che dovesse entrarvi il doppio elemento della famiglia e dello Stato, perchè il soccorso dei deboli deve trovarsi precisamente nella famiglia, che è centro di affezione e di difesa naturale, e deve trovarsi ancora nello Stato il quale à il dovere di difendere sempre chi ne ha bisogno. Or l' elemento di famiglia era calcolato soltanto per la persona che veniva ad esercitar l'ufficio di tutore o di curatore, vale a dire nella famiglia di ordinario dovea trovarsi chi sosteneva il peso di tale ufficio, o almeno il padre di famiglia dovea nominare il tutore o designare il curatore; e l' elemento dello Stato si dispiegava nella sorveglianza, che aveano i Magistrati su' tutori e curatori, per evitare danni derivanti dalla infedeltà, negligenza, o imprudenza di costoro. L'organismo dunque riposava soltanto sul tutore e curatore da una parte e sul Magistrato dall' altra (1).

---

ne poi sono escluse dalla tutela, ad eccezione delle ascendenti e delle sorelle non maritate, art. 268 N. 1.

(1) Il Codice civile muove da identico criterio, e richiede pure che per la difesa de'deboli concorra il doppio elemento della famiglia e dello Stato. Ma l'elemento di famiglia è stato molto esteso, e si è cercato di avere da esso forza maggiore, mediante l'istituto novello del Consiglio di famiglia, che fu creazione del diritto consuetudinario francese e al quale si è data molta autorità debilitando quella del tutore, del curatore, e del Magistrato. Cosicchè oggi non si trovano il tutore e il curatore da una parte, e il Magistrato dall'altra, ma invece stanno il Consiglio di famiglia, il tutore o curatore, e il Magistrato.

Codesto novello istituto à fatto variar le cose in modo che la tutela e la cura stanno di nome presso il tutore o curatore, ma nel fatto si trovano presso il Consiglio di famiglia, e d'altro canto il Magistrato à scarsi poteri di fronte e al Consiglio e al tutore e curatore. E d'uopo perciò soffermarcisi alquanto.

Tale Consiglio è un' assemblea di parenti, e, se occorre, di amici, che sotto la presidenza del Pretore delibera sugl'interessi degl'incapaci. I vincoli del sangue, il ligame di amicizia, l'autorità del Pretore che sta su'luoghi e conosce persone e cose, sono garenzie sufficienti pel bene di chi è sottoposto a cura od a tutela.

Or il Codice parte dal principio che l'eseguire debba essere di un solo (il tutore, o il curatore); il deliberare di molti (il Consiglio di famiglia); e sempre sotto la ingerenza dell'autorità giudiziaria (il pretore). Però l'autorità giudiziaria ne'suoi diversi gradi s'ingerisce più o meno direttamente anche per altri rispetti, come diremo a proprio luogo.

Ma non vogliamo dipartirci dal Consiglio di famiglia.

Già se ne vede la potenza annunciando tale principio.

Le singole facoltà di esso saranno esposte a'punti opportuni.

In generale dobbiamo ora avvertire che il Consiglio procede per deliberazioni, e che à d'uopo della omologazione del Tribunale ne'soli casi ne'quali si tratti di alienazione, di pegno, o d' ipoteca di mutui, di danaro, di transazione, di compromessi, di divisione, e di continuazione dell'esercizio di uno stabili-

Digitized by Google

Esaminati così i principii direttivi che uniscono e che distinguono la tutela e la cura, dobbiamo partitamente trattare dell' una e dall' altra, e veder poi gl' istituti comuni ad entrambi.

TUTELA PROPRIAMENTE DETTA

§ 238. Questa, come abbiamo già cennato innanzi al § 234, impiegavasi per la difesa de' deboli per età, o per sesso.

Or in quanto a'deboli per età, dobbiamo innanzi tutto fare ricordo

---

mento commerciale o industriale, art. 299 e 301, mentre in tutti gli altri casi e specialmente per atti che potrebbero anche compromettere seriamente la fortuna del minore come per riscossione di capitali, locazione fino a trenta anni, alienazione o liquidazione di stabilimenti di commercio o d'industria ec., il Consiglio è in certo modo sovrano, art. 278, 284, 287, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 306, e il tutore deve senz'altro uniformarvisi.

Per lo che il Codice civile à per principio che le deliberazioni del Consiglio di famiglia ànno effetto per se medesime, e che soltanto per eccezione, e ne'casi determinati dalla legge, divengono esecutorie mercè l'omologazione del Tribunale.

La potenza del Consiglio di famiglia non solo investe la tutela e la cura, ma giunge a toccare anche la patria potestà quando è esercitata dalla madre per la morte del padre, come abbiamo già cennato in nota a'§ 165 e 204. Ma non esiste Consiglio di famiglia quando la patria potestà venga esercitata dal padre, sia che concorra l'*optimum consilium* per la presenza della madre, sia che per la morte di costei egli rimanga vedovo. Sia qualunque la fiducia su'parenti, la legge dovea riposar tranquilla sul giudizio e sull'affetto del padre, onde il principio odierno che dove è il padre, ivi non è Consiglio di famiglia.

Le grandi facoltà di tale Consiglio ànno però un correttivo il quale è che la deliberazione, presa a maggioranza, può impugnarsi innanzi al Tribunale da'membri della minoranza, dal tutore o curatore, ed anche dal Procuratore del Re, in contraddittorio de'membri che furono di avviso conforme alla deliberazione medesima, art. 260 Codice civile, ed 815 Codice di Procedura civile. A tal modo la ingerenza del Magistrato è diretta, e possono facilmente sventarsi le occulte e interessate trame di una maggioranza che voglia imporsi, e che non agisca pel bene reale del minore.

Talvolta il Consiglio di famiglia non procede per deliberazioni ma per avvisi o pareri diretti ad illuminare il Magistrato, come accade pel caso in cui alcuno debba essere interdetto ed assoggettato a tutela per vizio di mente, art. 327.

Relativamente alla costituzione del consiglio di famiglia, per evitare i raggiri diretti a farlo comporre ora con alcuni, ora con altri parenti, ora con estranei qualificati per amici, e per dare unità e seguito d'intendimento all'amministrazione tutelare, fu organizzato in modo permanente durante tutto il tempo della tutela presso il Pretore del Mandamento dove si trova la sede principale degli affari del minore, art. 249.

Il Consiglio è composto dal Pretore e da quattro consulenti oltre il tutore, il protutore, o il curatore. I consulenti sono — 1.° gli ascendenti maschi del minore — 2.° i fratelli germani — 3.° gli zii: in ciascun ordine saranno preferiti

Digitized by Google

de' quattro periodi fissati dal diritto romano nell'età dell'uomo fino a che non si presuma avere egli raggiunto il pieno sviluppo fisico e intellettuale, per dargli la capacità negli atti giuridici.

Come abbiam detto al § 103, l'età dell'uomo per rapporto alla sua capacità giuridica è distinta in — 1.° infanzia fino a' sette anni, e chi vi si trova si chiama *infans* — 2.° impubertà da'sette a'dodici per le femine, e da'sette a' quattordici pe' maschi, e chi vi si trova si chiama *pupillus* — 3.° pubertà da'dodici per le femine e da quattordici pe' maschi fino a' venticinque anni, e chi vi si trova si chiama *minor* — 4.° età maggiore da' venticinque anni in poi, e la persona chiamasi *major*. Inoltre, nel periodo della impubertà, quelli che più si accostano all' infanzia chiamansi *infantiae proximi*, e gli altri che più si accostano alla pubertà chiamansi *pubertati proximi*.

La tutela durava fino a che non giungesse la pubertà, cioè fino ai dodici anni per le femine, e fino a' quattordici pe' maschi, dopo di che le femine vi restavano bensì perpetuamente ma con un modo di trattamento più benigno, del quale discorreremo di quì a poco, e i maschi cadevano ordinariamente sotto la cura, la quale, come vedremo, era assai più lieve della tutela.

Inoltre, quando il pupillo era prossimo alla pubertà prendeva una qualche ingerenza e interveniva negli atti giuridici di suo interesse, anzi potea senza l'autorità tutoria migliorar la sua condizione con qualche atto giuridico fatto da lui solo. È un punto questo che ora

---

i prossimi, ed in parità di grado i più anziani. In mancanza, il Pretore nomina altre persone, scegliendole tra i prossimi parenti od affini del minore; e quando nè anche questi vi siano, il Pretore ne fa la scelta tra quelli che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia col genitore; e in caso diverso il Pretore designa due Consiglieri Comunali e due uomini probi, art. 251, 252, 253 e 261 Chi non si presenta quando è chiamato, è punito con ammenda fino a lire cinquanta e chi è assente in modo abituale, è surrogato da altri, sottoposto a giudizio, e punito con multa estensibile a lire cinquecento; art. 255. Per la validità della deliberazione del Consiglio di famiglia si richiede la convocazione di tutti i membri di esso, e la presenza almeno di tre oltre il Pretore. Il Consiglio delibera a maggioranza assoluta di voti. A parità di voti quello del Pretore avrà la preponderanza, art. 258.

Nell'interesse delle persone nate fuori di matrimonio, è istituito un Consiglio di tutela, il quale à attribuzioni analoghe a quelle del Consiglio di famiglia, ed è costituito secondo le norme designate negli art. 261 e 262.

Traccia poi il Codice di procedura civile le forme per la redazione delle deliberazioni del Consiglio, e dà le norme per la notifica di quelle che conferiscano nomine di tutori, e per ottenere la omologazione del Tribunale ne'casi in cui essa è necessaria, art. 812, 813 e 814 Cod. proc. civ.

Digitized by Google

soltanto si accenna, dovendo essere schiarito quando si parlerà dell' autorità tutoria.

Soltanto quì dobbiamo rilevare che quella gradazione di età facevasi da'Romani perchè in realtà corrisponde allo sviluppo graduale delle facoltà dell'uomo; e che tanto quella gradazione, quanto la facoltà data al pupillo d'intervenire a'negozii di suo interesse, e di migliorare senz'aiuto di alcuno la sua condizione; come ancora il convertimento della tutela in cura alla pubertà, si spiegano da che si volea concedere una qualche libertà a chi avea già uno sviluppo, e temperare i poteri del tutore e del curatore.

Ne'secoli posteriori al diritto romano quella gradazione di età non piacque, nè si ritenne il convertimento della tutela in cura a' quattordici anni, nè la maggiore età a'venticinque anni. La influenza del diritto germanico, che non ammetteva tutti codesti punti, ch'era più benigno nell' esercizio della tutela, e più semplice nelle materie del diritto contribuì a cancellare quelle quattro distinzioni di etá, a farne due sole di età minore e di età maggiore, e a protrarre la tutela fino a quest' ultima. La età maggiore poi variava da'diciotto a venticinque anni, ma generalmente si ritenne come termine l'etá di ventun'anno, quando l'uomo e la donna sono già sviluppati fisicamente e intellettualmente, onde può togliersi da essi la presunzione d'incapacità negli atti giuridici per debolezza di età (1).

§ 239. Ora può intendersi la definizione che il Giureconsulto dà della tutela, e che é — *Vis et potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem suam se sponte defendere nequit, jure civili data ac permissa.*—*Vis et potestas* è un fraseggio del Giureconsulto per indicare la forza della tutela, come l' adopera per indicare la forza della legge, dicendo *scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem*—*in capite libero*, perchè lo schiavo era cosa, e non potea perciò aver tutore — *ad tuendum*, perchè il fine della tutela consiste nella difesa—*eum qui propter aetatem suam se sponte defendere nequit*, per indicare che si provvede alla debolezza della età —*jure civili data ac permissa*, perchè la tutela o si dà direttamente dalla legge, o è permesso dalla legge che il padre o il Magistrato la diano (2).

Dalle ultime parole della definizione medesima, si vede che la tu-

(1) E il Codice civile à seguito tale ordine d'idee, distingue l'età in minore e maggiore, fissa quest'ultima a'ventun anno, e fa durare la tutela precisamente sino alla maggiore età, art. 240, 241 e 323.

(2) Questa definizione non reggerebbe oggi in quanto alla sola limitazione che vi si legge per riguardo all'età, essendo per Codice civile comune la tutela anche agl'interdetti per infermità di mente e per condanna penale, come abbiamo esposto in nota al § 234.

Digitized by Google

tela è triplice, secondochè è data dal padre, dalla Legge, o dal Magistrato. Onde la distinzione di tutela testamentaria nel primo caso, legittima nel secondo, e dativa nel terzo (1).

Per ciascuna di tali specie dobbiamo brevemente intrattenerci, e parlar poi di alcuni principii comuni a tutte e tre.

Tutela testamentaria.

§ 240. La base della tutela testamentaria sta nell'autorità paterna, che i Romani molto rispettavano, perchè il padre meglio di altri sa provvedere alla sua famiglia.

Onde la legge delle 12 Tavole sanzionava la massima. *Pater familias uti legassit super pecunia tutelàve suae rei ita jus esto.*

Due perciò erano le condizioni per la validità della tutela testamentaria, cioè — 1° che l'avesse conferita il padre, o l'avo che era il capo della famiglia e non altri, e soltanto ai figli costituiti sotto la patria potestà, e non ricadenti sotto la potestà altrui, anche quando fossero stati postumi — 2° che l'avesse conferita con testamento, di modo che se questo cadeva, cadeva pure la tutela.

Ma col progresso di tempo e specialmente sotto gl'Imperatori furono fatte eccezioni all'una ed all'altra condizione. Dapoichè fu ammessa la validità della tutela testamentaria mediante confermazione del Magistrato, quando il padre l'avesse conferita ai figli emancipati, o ai figli naturali, quando l'avesse conferita la madre, e quando l'avesse conferita un estraneo, che istituisse erede colui che dovea esser tutelato. In tal caso mancava a rigore il diritto di conferire la tutela, perchè il padre non avea potestà sui figli emancipati, i quali per la emancipazione n'erano stati liberati, nè l'avea sui figli naturali, essendo la patria potestà un effetto delle giuste nozze, la madre non avea diritti di patria potestà, nè l'aveva l'estraneo che istituisse erede il pupillo. Non potea per altro negarsi un' autorità naturale del padre e della madre in tutti i casi, nè un affetto ed un certo diritto di chi istituisce erede. In codesti casi si rimediò alla cosa con la confirmazione supplendo con l'autorità del Magistrato al difetto di chi ordinava. Inoltre si variò pure pel solo padre ed in grazia dell'autorità paterna la seconda delle suddette due condizioni, poichè valeva la tutela testamentaria da lui conferita con codicilli non confer-

(1) Anche per Codice civile la tutela è testamentaria, legittima, e dativa. Ma la testamentaria può farsi e dal padre o dalla madre, secondochè resti superstite l'uno o l'altra; e la tutela dativa è conferita non dal Magistrato, ma dal Consiglio di famiglia art. 242, 244, 245.

Digitized by Google

mati col testamento, sempre però con la confirmazione del Magistrato (1).

In quanto poi alla persona che potea essere nominata tutore, poichè la tutela (come vedremo) era simile alla eredità, ne seguiva che potea esser nominato chi avea la capacità di ricevere per testamento (2).

Ma qui bisogna ricordare che a proposito del tutore testamentario vi sono tre principii di diritto speciali a lui.

Il primo è — *Quandiu habetur vel speratur tutela testamentaria, tandiu locus non est legitimae.* Se vi è la tutela testamentaria, o se essa si spera, come accadrebbe quando fosse stato nominato tutore un minore, un matto ec., in tal caso non si passa al tutore legittimo, ma invece si va al tutore dativo. La ragione è che, se il padre non ha nominato per testamento il parente come tutore, è segno che diffida di lui, e perciò il tutore è scelto dal Magistrato (3).

Il secondo è — *Tutela testamentaria dari potest pure, sub conditione et in diem vel ex die.* La tutela testamentaria non si deve dare di necessità puramente e semplicemente, come accade per la tutela legittima e dativa, ma si può dare sotto condizione ed a termine cioè fino ad un certo tempo o da un certo tempo in poi. La ragione sta sempre nel rispetto al giudizio paterno, dapoichè il padre per la propria famiglia vede meglio di ogni altro, onde conviene dargli tutta la latitudine (4).

Il terzo è — *Tutor dari nequit persona incerta*, anche quando do-

(1) Per Codice civile si è data la patria potestà alla madre, mancando il padre art. 220, e perciò il tutore testamentario può nominarsi da quello dei genitori che rimane superstite art. 242. La base è sempre la patria potestà e con maggior rigore, perchè chi istituisce erede un minore può nominargli un curatore per le sole sostanze che gli lascia art. 247. Due sono le condizioni per la tutela testamentaria anche per Codice civile. Dappoichè 1.° deve conferirla quello dei genitori che rimane superstite art. 242, 330. Il padre può pel figlio postumo stabilire alla madre delle condizioni per l'educazione ed amministrazione dei beni, ma non nominare il tutore, avendo la madre la patria potestà, art. 242. Sui figli naturali, il padre ha la tutela legale; art. 184, e non ha facoltà di dar tutore per testamento art. 242, nè ha facoltà il padre di dar tutore o curatore al figlio emancipato, arg. art. 220, 315 — 2.° La seconda condizione è che la tutela testamentaria dev'essere conferita per testamento o per atto notarile, articolo 242.

(2) Per Codice civile non si ricerca la capacità di succedere per essere tutore, poichè, come si dirà, la tutela non è più simile alla eredità.

(3) Questo principio può ritenersi a base dell'art. 245. Ma la regola varrebbe per la sola tutela dei minori, perchè in quanto agl'interdetti, la tutela legittima del coniuge prevale alla testamentaria art. 330.

(4) Questo secondo principio potrebbe ritenersi per argomento dell'art. 242, ma gli scrittori odierni sono dissenzienti.

Digitized by Google

vesse scegliersi da un terzo, perchè il tutore testamentario è permesso per la fiducia, che questi inspira al padre di famiglia, e la fiducia in tal caso non vi sarebbe (1).

Tutela legittima.

§ 241. Come la tutela testamentaria poggia sulla volontà del padre di famiglia, così la tutela legittima poggia sulla legge, la quale nella mancanza della tutela testamentaria chiama alla tutela i più stretti parenti del minore, perchè essi sentono maggiore affetto per lui, ed hanno maggior cura de' beni che potrebbero eventualmente ereditare.

Or la tutela legittima era di quattro specie — 1° degli agnati — 2° dei patroni — 3° dei genitori sui figli emancipati — 4° dei fratelli sul fratello minore emancipato, quando il padre fosse morto. Vediamoli distintamente. (2)

1. *Tutela legittima degli agnati.*

Mancando la tutela testamentaria era tutore il più vicino di grado, e se fossero stati più nello stesso grado, tutti erano tutori, ma un *solo* d' ordinario prendeva l' esercizio della tutela, dando cauzione gli altari, i quali restavano tutori onorarii. Spiegheremo meglio la cosa parlando di tale esercizio (3).

Ma la distinzione tra agnati e cognati disparve quasi all' intutto sotto Giustiniano, e i tutori allora furono scelti non già tra gli agnati ma tra i cognati più prossimi. Val dire abolita la famiglia fittizia civile (agnazione) erano tutori i parenti più prossimi. I principii però restarono identici, e soltanto la tutela cadeva sui parenti naturali (4).

(1) Teoria uniforme. arg. art. 242.

(2) Per Codice civile la tutela testamentaria poggia sulla volontà del genitore superstite e la tutela legittima sulla legge, ma la tutela legittima è ristretta pei minori al solo avo paterno e in mancanza all'avo materno art. 242, 243, 244, e per gl'interdetti è ristretta al conjuge ed in sua mancanza al padre ed in mancanza di lui alla madre articolo 330. Oggi è molto limitato il numero de'tutori legittimi per la fiducia che ispira il Consiglio di famiglia, onde si è ristretta la sfera di quelli, e si è allargata l' altra de'tutori dativi.

(3) Per Codice civile un solo dev'essere sempre il tutore in tutti i casi art. 246. Ridotta la tutela legittima pe'minori a quella dell'avo paterno e in mancanza dell'avo materno art. 244, e per gl'interdetti al coniuge ed in sua mancanza al padre, ed in sua vece alla madre art. 330 non si può per la tutela legittima verificare il caso di più tutori com'era in Diritto Romano.

(4) Per Codice civile la parentela è naturale art. 48. Ma la tutela legittima è ristretta all'avo paterno e in mancanza all'avo materno art. 244.

Digitized by Google

Anzi (come abbiamo già detto al § 236) furono ammesse come tutrici la madre e l'ava a preferenza di ogni altro tutore legittimo, purchè avessero rinunziato alle seconde nozze, ed al senato consulto Velleiano, cioè avessero rinunziato a rimaritarsi, ed alla eccezione che aveano le donne per la invalidità delle guarentigie che esse faceano (1).

2. *Tutela legittima dei padroni.*

Il padrone diveniva agnato del servo liberato, e succedeva alla eredità di lui, se questi non avesse lasciato eredi. Onde per la somiglianza della tutela alla eredità, il padrone era tutore del servo da lui liberato e che fosse impubere, ed era tutore dei figli impuberi del servo medesimo morto senza nominare tutore testamentario (2).

3. *Tutela legittima dei genitori sui figli emancipati.*

Come si è veduto nella emancipazione, con essa il figlio era liberato dalla patria podestà, ed usciva dall'agnazione di famiglia, onde il padre non avrebbe avuto diritto di succedere al figlio, ma ciò si otteneva mediante il *pactum fiduciae*, di cui si è discorso al § 226.

Or applicando il principio della somiglianza della tutela alla eredità, si aveva che il padre come successore eventuale de' beni del figlio impubere emancipato, che morisse senza eredi dovea esser tutore legittimo di lui. Tale tutela si chiama *fiduciaria* perchè vi era stato il precedente contratto di fiducia tra il padre ed il finto compratore (3).

4. *Tutela legittima dei fratelli sul fratello minore emancipato.*

Ciò che si è detto per la tutela del padre sul figlio impubere emancipato, si applicava pel caso in cui, morto il padre emancipante, lasciava anche altri figli *sui juris* di maggiore età. Questi erano tutori legittimi del fratello impubere emancipato, e tale tutela chiamavasi pure *fiduciaria* (4).

---

(1) La madre oggi ha la patria potestà in mancanza del padre art. 220. L'ava potrebbe essere tutrice art. 268 n. 1.

(2) Non vi è alcun riscontro.

(3) Pel Codice civile il padre è curatore del figlio minore emancipato, articoli 314, 315.

(4) Per Codice civile se al minore emancipato manchino il padre e la madre, sarà a lui nominato un curatore dal Consiglio di famiglia art. 314 e 315.

Digitized by Google

Tutela dativa.

§ 242. La tutela dativa si conferiva dal Magistrato, onde la massima di Diritto Romano — *tutor dativus ex lege a Magistratu datur* — cioè bisognava una legge che autorizzasse il Magistrato alla dazione del tutore, e che determinasse la giurisdizione del Magistrato competente.

Questa legge fu la legge Attilia per Roma, fatta ad opera del tribuno Attilio, e per le provincie molti anni dopo fu emanata la legge Giulia e Tizia sotto l'Imperatore Augusto e il Consolato di M. Tizio Rufo. La giurisdizione poi fu varia, ma per Roma fu data prima al Pretore urbano, e poi al Pretore specialmente nominato per le tutele e che fu detto perciò *tutelare*. — Per le provincie la giurisdizione fu data ai Presidi. Per l'Egitto poi, in grazia delll'importanza della provincia, fu data al giuridico di Alessandria.

Or per la tutela dativa vi hanno due principii di diritto (1).

Il primo è — *tutor dativus datur in subsidium* — cioè la tutela dativa si dà in aiuto delle altre testamentaria e legittima, val dire, si dà o quando manchino le altre due tutele, ovvero quando è stato nominato il tutore testamentario e questi non possa essere tutore per qualche causa legittima come per minore età, pazzia ec., nel qual caso non si va alla tutela legittima, ma si va alla dativa, come meglio si è spiegato innanzi sotto la tutela testamentaria (2).

Il secondo principio è — *tutoris datio est actus legitimus* — cioè il tutore dativo non può essere dato a termine o sotto condizione, come può accadere pel tutore testamentario. La ragione è che il giudizio paterno deve avere tutta la latitudine e dev'essere rispettato, onde ammette termine e condizione, come vedemmo nella tutela testamentaria, mentre per la tutela dativa v'è la sola guarentigia del giudizio del Magistrato, che non può esser mai così sicuro e rispondente ai bisogni di famiglia quanto è il giudizio paterno (3).

---

(1) Per Codice civile la tutela dativa si conferisce dal Consiglio di famiglia, Magistrato domestico novello che ha grande importanza nel sistema tutelare come abbiamo detto in nota al § 237.

(2) Anche per Codice civile si dà in sussidio art. 245. Dallo stesso art. 245 si argomenta che quando si spera il tutore testamentario, si va al tutore dativo.

(3) Anche per Codice civile il Consiglio di famiglia deve nominare il tutore puramente e semplicemente, e non potrebbe nominarlo a termine o sotto condizione art. 245.

Digitized by Google

Principii comuni alla tutela testamentaria, legittima, e dativa.

§ 243. Sono due.

Il primo è — *Tutela similis est hereditati. Ubi successionis emolumentum ibi et onus tutelae esse debet.*

Questo principio era in Diritto Romano perfettamente vero ed applicato in tutta la sua estensione. La tutela era simile alla eredità Per lo che, come l'erede testamentario prevale al legittimo, così il tutore testamentario prevaleva al legittimo: come l' erede legittimo più vicino esclude il più lontano nella eredità, così l'erede legittimo più vicino escludeva il più lontano nella tutela. Alla tutela dativa si facea ricorso soltanto nella mancanza di tutore testamentario e legittimo.

Codesto sistema si mantenne tanto nel tempo, in cui la famiglia era fittizia, cioè civile (agnazione), quanto nel tempo in cui si ebbe il vero concetto naturale della famiglia, cioè di quelli, che discendono l' uno dall' altro, o che discendono da uno stesso stipite (cognazione).

La ragione di codesto sistema perfettamente analogo alla eredità consisteva in ciò, che il più vicino congiunto ama più teneramente colui, che dev'esser tutelato, e di più prende maggior cura de'beni potendo egli eventualmente succedere (1).

Il secondo è — *Tutela legitima et dativa impeditur et tutela testamentaria suspenditur per minorennitatem, furorem et insaniam* —Vale

---

(1) Il principio non regge per Codice Civile perchè la tutela legittima odierna non si estende a tutti i parenti legittimi, ma si limita al solo avo paterno ed in mancanza all'avo materno, art. 244.

La ragione della differenza tra il Diritto Romano ed il Codice Civile sta nel novello istituto del Consiglio di famiglia, per lo quale istituto si è allargata la sfera della tutela dativa e si è limitata e ristretta la tutela legittima. Essendo il Consiglio di famiglia composto dei più stretti parenti, art. 252, e dovendo preferibilmente la tutela gravitare su'parenti ed affini del minore o dell'interdetto, art. 274 e 379, ne segue che in quel Consiglio è il centro delle affezioni, e si è voluto perciò dar facoltà di spaziare per la migliore scelta del tutore senza esser ligati di necessità al parente più vicino.

Si è creduto insomma provveder meglio al bene di colui, che deve avere il tutore, diminuendo l'arbitrio della legge, e dando maggior libertà ai congiunti. Però se la tutela oggi non è simile alla eredità, tanto la tutela quanto la eredità, hanno una certa base comune, perciocchè il tutore testamentario al pari dell' erede testamentario è preferito al legittimo ed il tutore legittimo è preferito al dativo, art. 241 a 245, 720.

Digitized by Google

a dire se il tutore legittimo o dativo divenisse matto, si passa a dare definitivamente altro tutore; se poi divenisse matto o fosse minore il tutore testamentario, si nominerà un altro tutore, ma non definitivamente, invece codesto tutore nominato per la pazzia o minore età del tutore testamentario durerà in funzioni fino a quando questi non abbia ricuperato la ragione o non sia divenuto maggiore— Conveniva adoperare tutto il riguardo al giudizio paterno e preferir sempre il testamentario (1).

Esercizio della tutela.

§ 244. Non è dubbio che l'esercizio della tutela resti confidato al tutore, ma il dubbio sorge quando i tutori siano più di uno, quando uno abbia preso le funzioni in luogo di un altro, e quando vi è conflitto d'interessi tra il tutore e il pupillo.

Esaminiamo partitamente codeste specie:

1.° Se i tutori fossero stati parecchi, come poteva accadere nella tutela testamentaria quando il testatore ne avesse nominato più di uno, e nella tutela legittima quando vi fossero stati più parenti prossimi di grado eguale sopra cui ricadeva la tutela, in tal caso *ne tutela per plures spargatur*, d'ordinario restava affidata a quel solo che si fosse offerto, e se niuno si fosse offerto, la si affidava a quello che fosse stato scelto dalla maggioranza de'tutori, e mancando tale elezione, il Magistrato sceglieva uno tra essi, il quale dovea dar cauzione agli altri per la buona amministrazione. Affidata la tutela ad un solo fra più tutori, gli altri prendevano il nome di *honorarii* — Ma poteva pur la tutela essere affidata *in indiviso* a più tutori, in modo che ciascuno l'avea come per intero — E poteva anche la tutela esser divisa tra tutori, specialmente quando le sostanze fossero state molte, e i beni si fossero trovati in più provincie, come in Africa, in Siria ecc. nel quale caso l'amministrazione veniva divisa tra tutori secondo i rami d'affari o secondo le provincie (2).

---

(1) Teoria uniforme, argomento, art. 245. La regola però varrebbe per la tutela de' minori, ma non per quella degli interdetti perchè per costoro la tutela legittima del coniuge prevale alla testamentaria — art. 330.

(2) Per Codice Civile il principio romano *ne tutela per plures spargatur* non è facoltativo, ma direttivo. Sempre e in ogni caso il tutore deve essere un solo, perchè il dividere la tutela è contrario all'interesse del minore, il cui patrimonio dev'essere amministrato con unità di vista. Per lo che per testamento il genitore superstite può nominare un sol tutore, art. 246; e chi istituisce erede un minore, non può nominargli un tutore, ma soltanto un curatore speciale e per le sole sostanze che gli trasmette, art. 247. Il tutore legittimo è un solo, cioè l' avo paterno, e, in mancanza di questo, l' avo materno, artic.

Digitized by Google

2.° Era facile, specialmente a' tempi romani, che alcuno anche in buona fede avesse assunto la tutela, mentre non gli spettava, perchè allora (come abbiamo visto innanzi al § 243) la tutela era simile alla eredità — Or codesto intruso si chiamava protutore o falso tutore — Gli atti giuridici da lui fatti erano inefficaci, e chi errando sulla qualità del supposto tutore avesse risentito danno, avea diritto alla restituzione in intero, e poteva agire per risarcimento contro quello che scientemente avesse interposto la sua autorità come tutore (1).

3.° Se vi era conflitto d'interesse tra il tutore e il pupillo, il pretore, per codesto affare speciale, solea nominare un tutore straordinario, chiamato perciò *tutor praetorius* (2).

Dell' autorità del tutore.

§ 245. Già nel § 237 parlando dell'organismo della tutela, abbiam detto che in diritto romano la difesa del pupillo era riposta nel tutore e nel Magistrato (3).

Ora dobbiamo esporre con precisione le attribuzioni dell' uno e dell'altro.

La tutela investe chi vi è soggetto, perciocchè deve provvedere

---

244. Il tutore dativo, che oggi è dato dal Consiglio di famiglia, deve essere anche un solo, art. 245

(1) Il Codice Civile non fa la ipotesi di un tutore intruso, essendo troppo difficile e forse impossibile che ciò avvenga. Ma se mai accadesse, è certo che gli atti giuridici da lui fatti sarebbero nulli, chi ha contrattato con lui sarebbe reintegrato ne' suoi diritti, e l' intruso risponderebbe anche di danni, arg. art. 1304 e 1151.

(2) Per questo punto, e per l'esercizio della tutela in genere si è fatta una innovazione radicale con la istituzione del protutore.

In generale oggi il protutore è un supplente del tutore ed in certo modo un vice-tutore.

Di vero, le facoltà del tutore riguardano la persona, la rappresentanza negli atti giuridici, e l'amministrazione dei beni del minore, e le identiche facoltà si incontrano nel protutore ma in sott'ordine.

Il protutore provvede, sempre però limitatamente, alla persona ed all'amministrazione dei beni del minore, quando la tutela è vacante od abbandonata, finchè non avvenga la nomina di altro tutore, nomina che deve egli promuovere

Rappresenta poi il minore non solo nel caso di tutela vacante o abbandonata, ma anche allora che l'interesse del tutore sia in opposizione con quello del minore. Art. 264 e 267.

(3) Ed in nota a tal § abbiamo detto che oggi la difesa è riposta nel Consiglio di famiglia, nel tutore, e nel Magistrato, e che il primo è molto prevalente.

Digitized by Google

alla persona di costui, agli atti giuridici che lo riguardano, ed all'amministrazione de' beni (1). Codesti dunque sono i tre punti sopra cui dobbiamo intrattenerci.

AUTORITÀ SULLA PERSONA.

§ 246. Chi è soggetto alla tutela deve per riguardo alla sua persona essere alimentato ed educato.

Or in Diritto romano per gli alimenti e per la educazione dovea starsi a ciò che avesse disposto il padre defunto, pel grande riguardo che si avea al giudizio paterno. Una qualche moderazione però era permessa al Magistrato specialmente in vista di mutate circostanze. Che se il padre nulla avesse detto, era il Magistrato che fissava gli alimenti, e disponeva della educazione. Ma per questa egli era obbligato di sentire prima i parenti prossimi del pupillo, e di preferire la madre principalmente per la custodia del figliuolo. Ad ogni modo era sempre obbligo del tutore di badare a che il pupillo fosse istruito in oneste professioni, arti, o mestieri, secondo le condizioni della sua nascita, l'indole e la capacità del suo ingegno (2).

AUTORITÀ NEGLI ATTI GIURIDICI.

§ 247. Alla personalità civile, che è difettosa nel subbietto di diritto, il quale è il pupillo, bisognava trovare un surrogato, e questo stava nel tutore e nella presenza stessa del pupillo laddove avesse avuto *aliquem intellectum* (3).

Per intender bene questo punto bisogna aver presente quanto innanzi abbiamo detto nel § 238 a proposito della età. La tutela durava fino alla pubertà, la quale aveasi a' 12 anni per le femmine

(1) Per Codice Civile la teoria è identica. Vegg ansi le seguenti note.

(2) Per Codice civile il potere del Magistrato è assorbito dal Consiglio di famiglia, il quale stabilisce l'annua spesa pel mantenimento, art. 291, e delibera pel luogo in cui il minore dev'essere allevato e sull'educazione che convenga dargli, sentito lo stesso minore quando abbia compito l'età di anni dieci, art. 278. Inoltre si fissa il principio che il minore deve rispetto ed ubbidienza al suo tutore, art. 280, ma le correzioni che gli si dovessero dare rientrano sempre nella facoltà del Consiglio, il quale pure dovrà provvedere se mai il tutore abusi della sua autorità o trascuri i suoi doveri, art. 279 e 280.

Esistendo la madre, ella ha oggi la patria potestà, e la tutela tace. Veggasi nota al § 204.

(3) Per Codice civile il surrogato sta nel Consiglio di famiglia, nel tutore, e nel Magistrato. Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

e a' 14 pe' maschi, ma prima della pubertà vi era l'infanzia la quale durava fino a' 7 anni, e tra l'infanzia e la pubertà v'era un periodo che si chiamava prossimo all'una o all'altra, secondochè più all'una o all'altra si accostava, e generalmente gli scrittori dicono *infantiae proximi* quelli che non avevano compiti i nove a dieci anni, e *pubertati proximi* quelli che li avevano compiti.

Ora i Giureconsulti ritenevano che quelli i quali stessero ancora nell'infanzia o fossero ad essa prossimi non avessero intelligenza (*nullum intellectum*); e che invece coloro che fossero prossimi alla pubertà, avessero una qualche intelligenza (*aliquem intellectum*), ma mancassero di giudizio (*animi judicium*) (1).

Onde seguiva che per gli uni faceva tutto il tutore, ma per gli altri interponeva la sua autorità e il pupillo prossimo alla pubertà interveniva nell' atto. E seguiva del pari che se il pupillo prossimo alla pubertà avesse fatto da se e senza l'autorità tutoria qualche atto che ricercava la sola intelligenza senza giudizio (come ad esempio un atto che non potea mai tornare a suo danno), tale atto era valido (2). Tutto ciò in generale, salva qualche eccezione, di cui non è qui il luogo di parlare.

Sul proposito furono fissate tre regole, che giova conoscere.

La prima è — *Infans, et infantiae proximus, nihil, sed pro illis tutor omnia agit. Pubertati proximus ipse agit auctore tutore.* Cioè fino a' nove a dieci anni il fanciullo non ha nè intelligenza nè giudizio negli atti giuridici, onde il tutore deve far tutto per lui: da quel torno di tempo fino alla pubertà una qualche intelligenza non gli manca, ma gli manca il giudizio, onde interviene bensì negli atti giuridici, ma è necessaria l'autorità del tutore, quasichè il tutore supplisse al giudizio mancante nel fanciullo (3).

La seconda regola è — *auctoritas interponenda est statim in ipso negotio.* Il tutore quando interveniva con la sua autorità negli atti civili che facea il pupillo, dovea intervenirvi di persona e nel momento stesso

(1) Per Codice civile la minore età dura fino a 21 anno, art. 240, e fino a tale età il tutore fa tutto pel minore, cioè lo rappresenta negli atti civili senza l'intervento di lui, art. 277, ma quasi sempre dietro autorizzazione del Consiglio di famiglia, e talvolta anche del Tribunale. Veggansi le seguenti note.

Che se il minore oggi intervenisse agli atti civili che pel suo interesse compie il tutore, il suo intervento non renderebbe nulli gli atti.

(2) Anche oggi il minore può render migliore la sua condizione con un atto che faccia direttamente. Veggansi le seguenti note.

(3) Per Codice civile questa regola non ha osservanza, perchè il tutore rappresenta il minore, qualunque sia la età di costui, e senza bisogno di suo intervento, art. 277.

Digitized by Google

in cui gli atti si compivano, senza che avesse potuto farlo posteriormente, o per lettera ec. Dal momento che dovea integrarsi la personalità del pupillo negli atti civili, questi non potevano dirsi perfetti senza la presenza del tutore (1).

La terza regola è — *Meliorem facere conditionem pupillo licet, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem non aliter quam auctore tutore, nisi pupillus factus locupletior, aut ex re nascatur obligatio.*

Con questa regola si dice che l'autorità del tutore è necessaria quando può esser deteriorata la condizione del minore, non quando è migliorata, perchè se soffre danno si presume che gli è mancato il giudizio nel contrattare, e se invece risente vantaggio si vede che ha avuto sufficiente intelligenza.

Ma bisogna chiarir meglio la idea.

La condizione del minore può esser deteriorata allora che il contratto sia bilaterale, cioè obbligatorio dall'una e dall'altra parte, o almeno quando il contratto sia unilaterale ed obblighi soltanto colui che ha contrattato col minore, ma questi possa restare obbligato per indennità. Dove è peso, colà si trova incapace il minore, onde si dice claudicante il contratto fatto con lui. Del rimanente se mai il minore domandi all'altro contraente l'adempimento, è giusto ch'egli pure adempia dal suo canto all'obbligo proprio, niuno potendo richiedere dall'avversario l'adempimento di una obbligazione fino a che non vi abbia egli prima soddisfatto.

La regola innanzi detta aggiunge però — *nisi pupillus factus locupletior, aut ex re nascatur obligatio.*

Sono queste due eccezioni.

La prima è se pel contratto il pupillo sia divenuto più ricco, nel quale caso vi è una utile versione a suo pro, è si applica con ragione il principio *nemo locupletari debet cum aliena jactura.*

La seconda è se la obbligazione sorga dalla cosa stessa, vale a dire se vi sia dolo del pupillo, o se egli sia obbligato per quasi contratto, come ad esempio se il pupillo dovesse rivalutare le spese da altri fatte sopra un fondo comune ad entrambi. La ragione è che ne' delitti anche civili il pupillo ha mostrato un giudizio sufficiente, e come lo ha avuto nel commetterli così si presume che lo abbia per ripararne le conseguenze. Pe' quasi contratti poi si ha la ragione cennata nella eccezione precedente, cioè che niuno deve arricchirsi a spese altrui (2).

---

(1) Per la medesima ragione questa regola non ha osservanza.

(2) La regola con le due eccezioni sono in piena osservanza anche oggi, e per le medesime ragioni. Art. 1106, 1107, 1303, 1304, 1306 e 1307.

Digitized by Google

AMMINISTRAZIONE DE' BENI.

§ 248. L'amministrazione in generale consiste nel fare tutto ciò che è conveniente e necessario per la conservazione, l'accrescimento, e l'uso del patrimonio (1).

Premesso questo principio, dobbiam vedere in qual modo è stato esplicato nella materia tutelare.

Innanzi tutto vi sono quattro obblighi principali a cui il tutore deve adempiere appena entra in funzioni, cioè — 1.° l'inventario—2.° il deposito degli oggetti preziosi e dei documenti—3.° la vendita dei mobili — 4.° l'impiego del denaro.

1.° L'inventario consiste in un atto che dia idea della sostanza del minore, cioè che contenga l'enumerazione, la descrizione e la stima dei mobili, l'indicazione e lo stato degli immobili, e la nota dei crediti e dei debiti.

Esso ha un triplice scopo, cioè di prevenire le sottrazioni, di far conoscere le forze del patrimonio per regolare le spese, e preparare gli elementi del rendiconto che a suo tempo deve dare il tutore. Ecco perchè si richiede l'intervento di un uffiziale pubblico (2).

2.° Il deposito degli oggetti preziosi e de' documenti dev'esser fatto in luogo sicurissimo per evitare sottrazioni o perdite (3).

3.° Debbono vendersi i mobili, la cui conservazione fosse pregiudizievole o meno utile al minore, e ciò nel fine di potere col ritratto della vendita formare un capitale fruttifero, o impiegarlo in altro utile modo.

Vanno perciò eccettuati i mobili che sono di uso necessario o vantaggioso pel minore medesimo, come per esempio i bestiami di un podere, i tini per la vendemmia ecc. (4).

(1) Teoria uniforme, art. ed argom. art. 28, 224, 277, 317, 1424, 1427 e 1741.

(2) Per Codice civile è delegato il notajo a far l'inventario, coll'intervento del tutore, del protutore e di due testimonii. Ma se si tratti di beni che non eccedano il valore di Lire tremila, il pretore ed il Consiglio di famiglia potranno permettere che si faccia senza l'intervento del notajo. L'inventario deve contenere le indicazioni suaccennate art. 281, 282, 283.

(3) I valori in numerario o in carte al portatore e gli oggetti preziosi, che si trovassero nel patrimonio del minore saranno depositati nella cassa dei depositi giudiziarii o in quella che sarà dal pretore designata e vi rimarranno fino a che il Consiglio di famiglia non vi avrà deliberato, art. 287.

(4) Il Codice civile è uniforme in quanto alla vendita de'mobili de'minori ed aggiunge che il Consiglio di famiglia può autorizzare il tutore a conservare parte o anche tutta la sostanza mobiliare del minore, art. 290.

Ma per gl'interdetti, i quali oggi sono sotto tutela, il tutore non è obbligato

Digitized by Google

4.° Il tutore deve impiegare il denaro che trova nel patrimonio del minore, affinchè questi possa trarne un vantaggio (1).

§ 249. Codesti sono gli obblighi sopra cui la legge detta norme precise, benchè tutti menino al concetto dell'amministrazione.

Ma bisogna conoscere in qual modo era regolata l'amministrazione in genere della sostanza pupillare.

Per Diritto Romano il tutore aveva una certa ampia libertà, al segno che gli scrittori riconoscevano la massima — *tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.*

Soltanto negli affari eccedenti la ordinaria amministrazione, il tutore aveva bisogno del decreto del giudice. E così egli da solo e senza dipendere da alcuno restaurava edifizii, esigea crediti, pagava debiti, agiva in giudizio, ecc., e la responsabilità era sua e non la incontrava quante volte avesse adoperata la diligenza, che è propria di un buon padre di famiglia.

Soltanto vi era qualche limite all'esercizio della mercatura che si fosse trovata in attività nei beni del minore.

Il tutore dovea continuarla a nome e rischio del minore medesimo, quando il padre lo avesse espressamente ordinato, ma se quest'ordine non vi fosse stato, il tutore dovea sbrigare e condurre a fine gli affari di commercio e togliere al più presto le cose del pupillo dalla incertezza del traffico e porle al sicuro.

Ad ogni modo il tutore non poteva comprare beni del minore, nè contrattar con lui se non dopo la resa di conto (2).

---

a vendere i mobili che servono all'abitazione della famiglia, art. 332, e la ragione è che, potendo cessare la causa della interdizione, importa che i mobili si trovino in casa.

Intanto, e per la vendita de'mobili de'minori, e per quella degl'interdetti laddove si facesse, il Codice di procedura civile dà le norme per riguardo alla vendita all'asta pubblica, a quale uopo vuole semplicità, speditezza, ed economia.

Il tutore ne incarica il cancelliere della pretura o un notajo. Chiunque di costoro ne sia incaricato fa tutto, cioè fa procedere a stima, pubblica i bandi, vende i mobili al maggiore offerente ed a denaro contante, e redige il verbale, art. 816 ad 822 Codice procedura civile. Per la vendita dei censi, delle rendite, dei crediti, dei bastimenti di mare, e delle azioni industriali, deve riconoscersene la necessità dal Consiglio di famiglia, e debbono osservarsi forme speciali, art. 823 ed 824 Codice di proc. civile.

(1) I valori in numerario o in carte al portatore che si trovassero nel patrimonio del minore saranno dal tutore depositati nella Cassa de'depositi giudiziarii, o in quella che sarà dal pretore designata, e vi rimarranno sino a che il Consiglio di famiglia non avrà altrimenti disposto, art. 287.

(2) L'autorità del tutore, come abbiamo già cennato in nota al § 237 è stata per

Digitized by Google

Fine della tutela

§ 250. È principio di diritto che *cessante tutelae caussa cessat ef-*

Codice civile molto scemata e quasi annientata per l'istituto novello del Consiglio di famiglia. Ciò si vede non solo dalle precedenti note, ma specialmente in questo punto sopra cui dobbiamo intrattenerci.

Il codice civile dice in generale nell'art. 277 che il tutore amministra i beni del minore, per lo che egli dovrà vegliare alla conservazione de'mobili, mantenere in buono stato le fabbriche, affittare o coltivare i poderi, non farli deteriorare, ma anzi migliorarli, estinguere i debiti, riscuotere i redditi, interrompere le prescrizioni, prendere e rinnovare le iscrizioni ipotecarie, e fare atti simili da buon padre di famiglia. Ma il Codice limita la facoltà di lui, e fa quattro classi diverse dei suoi atti. La 1ª è di quelli pei quali il tutore deve avere istruzioni dal consiglio di famiglia, ed uniformarvisi. La 2.ª è di quegli atti pei quali è necessaria l'autorizzazione del consiglio medesimo. La 3.ª è di quelli pei quali non basta tale autorizzazione, ma è necessaria la omologazione del tribunale. La 4.ª finalmente è degli atti a lui inibiti.

1.° *Atti pei quali il tutore deve uniformarsi alle istruzioni del Consiglio di famiglia.* Tali istruzioni hanno per oggetto — 1.° di stabilire approssimativamente l'annua spesa pel minore o per l'interdetto, art. 291, 329 — 2.° di decidere secondo le circostanze, se il tutore debba farsi coadiuvare nell'amministrazione da una o più persone stipendiate, art. 295 —3.° di fissare la somma da cui cominci l'obbligo al tutore d'impiegare gli avanzi delle rendite, e di determinare il modo dell'impiego, e il tempo entro il quale deve essere fatto, come pure di stabilire cautele speciali per la esazione e per l'impiego di quella parte di rendita che ecceda la somma suddetta, art. 291 e 294—4.° di deliberare (quante volte la tutela non sia esercitata dall'avo paterno o materno) sul luogo ove il minore debba essere allevato, e sulla educazione che convenga dargli, come pure sulla cura che debba esser fatta alla persona dello interdetto giudiziale art. 278, 329 — 5.° di stabilire la conversione in altro impiego di titoli al portatore, altrimenti il tutore dovrà farla intestare al minore—6° di determinare i modi e le cautele per l'alienazione e liquidazione degli stabilimenti di commercio e d'industria, art. 299.

2.° *Atti pei quali è necessaria l'autorizzazione del Consiglio di famiglia.*

Il tutore deve avere tale autorizzazione per — 1.° prendere in affitto i beni del minore o dell'interdetto, art. 300, 329 — 2.° riscuotere i capitali, farne impiego, fare locazioni eccedenti il novennio, accettare o ripudiare eredità, accettare donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni, promuovere azioni in giudizio, meno quando si tratta di azioni possessorie, o di questioni relative al conseguimento delle rendite, salvi i casi di urgenza, art. 296 e 297.

3.° *Atti pei quali è necessaria anche l'omologazione del tribunale.*

Sono quelli pei quali siano autorizzati atti di alienazione (eccettuati i frutt ed i mobili soggetti a facile deterioramento), atti di pegno, d'ipoteca, di mutui, di danaro, di transazioni, di compromessi, e di divisioni, art. 301, come ancora di continuazione nell'esercizio di uno stabilimento di commercio o d'industria, articolo 299 capoverso.

Digitized by Google

fectus, e la causa è *tuitio ejus qui propter aetatem suam se sponte defendere nequit* (1).

Onde la tutela finisce: 1.° Per morte del tutore o del pupillo (2).

4.° *Atti vietati al tutore.*

Egli non può comprare nemmeno all'asta pubblica i beni del minore o dell'interdetto, nè accettare la cessione di alcuna ragione o di alcun credito verso il medesimo, art. 300 e 1457, nè consentire la cancellazione dell'iscrizione relativa ad un credito se questo non viene soddisfatto. art. 2035, nè contrattare col minore fatto maggiore, o con l'interdetto per lo quale sia stata rivocata la interdizione se non sia prima avvenuta la definitiva approvazione del conto della tutela, art. 300 e 307.

Tutto ciò è per Codice civile.

Ma il Codice di procedura civile dà le norme per riguardo alle alienazioni, per le quali come abbiamo or ora veduto, è necessaria l'autorizzazione del Consiglio di famiglia e la omologazione del Tribunale.

Sempre il Codice di Procedura intende alla semplicità, alla speditezza, ed alla economia.

Laonde, se si tratta di alienazione di mobili, dovrà starsi alla procedura per essi tracciata e che abbiamo ricordato in nota al § 148, art. 296 e 301 cod. civ. 816 e seg. codice di procedura civile.

Se poi trattisi di stabili, il codice di procedura adopera maggior cautela e circospezione, ma sempre le forme sono più semplici e meno costose di quelle della esecuzione forzata.

In effetti è disposto che il tribunale stabilisce le condizioni della vendita, nomina il perito, e delega per l'incanto o uno dei giudici del tribunale, o il cancelliere della pretura del mandamento in cui sono situati i beni, o un notaio, a seconda dell'entità e dell'importanza della vendita, e della situazione de'luoghi, art. 825. L'ufficiale incaricato fa i bandi e procede agl'incanti, art. 827, 828, ed 829. La procedura è accostata con opportune modificazioni a quella di espropriazione forzata, art. 831 ed 832, e si danno norme per le vendite che si richiedessero da'minori emancipati, e da maggiori di età i quali avessero beni stabili comuni a'minori, art. 834 ed 835. È intanto fissato il principio nell'art. 833 che il verbale di vendita all'incanto ha la virtù di titolo traslativo di proprietà, senza bisogno che l'atto sia ridotto altrimenti in iscritto o per mano di notaro con pubblico istrumento. Con ciò si soddisfa al precetto di Codice civile, il quale richiede per le alienazioni di stabili l'atto scritto, art. 1314 n. 1. Codice civile, e si fa economia evitandosi un atto costoso e superfluo. Per la vèndita di mobili poi non è necessario altro che l'alienazione e la tradizione, in forza dell'altro principio odierno che ne'mobili il possesso vale per titolo art. 707 Cod. civ. principio che sarà sviluppato nella teoria de'modi di acquistare.

(1) Il principio è identico, ma la causa è più estesa perchè oggi si dà il tutore ai minori ed agli interdetti giudiziali o legali che siano — art. 1, 241, 307, 329; e 338 Cod. civ., art. 3 disposizioni transitorie del Cod. civ. ed art. 29 Cod. penale.

(2) Teoria uniforme arg. art. 306.

Digitized by Google

2.° Per diminuzione di capo, qualunque essa sia, del pupillo. La ragione era che chi perdea la libertà si considerava come cosa, ed i servi non aveano tutori; chi perdea la cittadinanza diveniva straniero e per conseguenza privo dei diritti politici e civili, tra cui la tutela rientrava; chi perdea la famiglia passava da *sui juris* ad *alieni juris*, e cadeva perciò sotto la patria potestà e valea la massima *patrem habenti tutor non datur* (2).

3.° Per diminuzione di capo massima e media, e non già minima del tutore. La ragione per la massima e per la media è quella stessa cennata nel numero precedente. Per la minima poi il tutore non perde la tutela perchè questa è *munus publicum* e l'ufficio pubblico era conciliabile presso i romani con lo stato di figlio di famiglia, come abbiamo detto parlando della patria potestà (3).

---

(2) Per Cod. civ. non si può mai perdere lo stato di libertà, ma si può perdere quello di cittadinanza e di famiglia.

Or chi perde lo stato di cittadinanza non perde i diritti civili, e la tutela è noverata precisamente tra tali diritti, ond'è che il minore, il quale da cittadino diventa straniero, rimane sotto la tutela che avea, art. 6 disposizioni preliminari del Cod. civ., art. 3 Cod. civ. Riguardo poi allo stato di famiglia, abbiam veduto già in nota al § 111 che oggi si può perdere per pena, cioè per condanna a morte o a'lavori forzati a vita, per abuso di patria potestà ecc. Se un minore si trovi in cosiffatti casi, egli resta sotto la tutela che aveva, ovvero sotto il curatore se mai fosse stato emancipato. Cosicchè oggi la tutela pel minore non si può perdere per la perdita che egli faccia dello stato di famiglia. Sarebbe possibile una qualche modificazione in tale stato, come ad esempio se il figlio naturale minore fosse stato dapprima riconosciuto e poi legittimato, perchè in tal caso egli passerebbe dalla soggezione della tutela, a quella della patria potestá — art. 184 e 194.

(3) Per le stesse ragioni dette nella precedente nota, il tutore oggi non può perdere lo stato di libertà e se perde lo stato di cittadinanza rimane tutore.

Per altro se non si può perdere la libertà come stato, si può perderla materialmente con condanne penali. Il Codice si penetra di questa condizione ed esclude dall' uffizio tutelare i condannati a pena criminale, i condannati alla pena del carcere per furto, frode, falso, o per reato contro il buon costume — art. 269 N. 1 e 2, e la ragione in tali casi sta nella gravità e più che altro nella immoralità dei fatti che diedero luogo alle condanne, onde la esclusione ha vigore e prima che si espii la pena e dopo espiata. Per le condanne poi a pene correzionali inflitte per delitti che non siano del genere di quelli ora indicati, il condannato non può essere tutore finchè non abbia scontato la pena, perchè nel fatto non può esercitar la tutela e perchè sarebbe un cattivo esempio agli occhi dell'inesperto minore, il dover cercare il proprio tutore in un luogo di pena in mezzo ai ladri ed ai truffajuoli. Che se il condannato avesse già assunta la tutela e la pena fosse maggiore di un anno di carcere la perde e non può esservi riammesso finchè dura la pena. Se questa poi è minore di un anno il Consiglio di famiglia lo può rimuovere — art. 270.

Digitized by Google

4.° Per la pubertà, cioè quando il fanciullo è giunto ai 14 anni, ma egli d'ordinario passava sotto la cura come or ora vedremo parlando di questa (1).

5.° Sopravvenendo il termine o verificandosi la condizione nei tutori testamentarii (2).

6.° Per la scusa o rimozione di cui parleremo nelle regole comuni alla tutela ed alla cura (3).

Rendimento dei conti della tutela

§ 251. Finita la tutela il tutore deve rendere il conto della sua amministrazione, perchè chiunque amministra le cose altrui non può affatto dispensarsene (4).

Codesto rendiconto può farsi in via bonaria e può farsi in via giudiziale.

Quando si fosse fatto in via bonaria il pupillo avendo il rendiconto doveva essere assistito dal suo curatore, perchè come si è detto, e come meglio si spiegherà or ora, per Diritto Romano con la pubertà finiva la tutela, ma d'ordinario si andava sotto la cura, essendosi richiesta, per molti atti che faceva il minore, la presenza del curatore (5).

Quando poi fosse stato fatto in via giudiziale, poteva accadere o che si trattasse di semplice resoconto, affinchè il patrimonio pupil-

(1) Per Cod. civ. la tutela finisce con la maggiore età del minore, ovvero cessando la interdizione, art. 240, 305, 307, 323, e 328.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 242, 243.

(3) Teoria uniforme. Veggansi le note che saranno poste in tale punto.

Per Codice civile la tutela finisce anche per l'assenza fosse pure presunta del tutore, arg. art. 46, 47.

(4) Teoria uniforme, art. 302, 304, ma si avverta che il rendiconto oggi è comune anche alla tutela degli interdetti. Inoltre il Cod. civ. ha fatto obbligo al tutore, che non sia l'avo paterno o materno, di presentare ogni anno al consiglio di famiglia, non già un vero conto, che riuscirebbe peso troppo incommodo e non giustificato da sufficiente utilità, ma uno stato o specchio della sua amministrazione, nel quale siano annotati i resultati generali, vale a dire complessivi delle varie categorie di entrata e di uscita senza discendere a minuti particolari.

Se è regola di ogni buona amministrazione il fare alla fine dell'anno un bilancio dell'attivo e del passivo, a tal regola deve l'amministrazione tutoria conformarsi, art. 803.

(5) Per Cod. civ. il rendimento di conto deve esser fatto all'amministrato assistito dal protutore, ed in mancanza di lui da quell'altra persona che sarà designata dal pretore, art. 307.

lare fosse salvo anche coll'indennità dovuta per colpa del tutore, o che si trattasse invece di qualche sottrazione fatta dal tutore, il quale cercasse covrirle con conti mal composti. Al primo caso rispondeva l'*actio tutelae*, al secondo l'*actio de rationibus distrhaendis*. La differenza fra queste due azioni era che con quest'ultima il tutore otteneva il doppio del valore della sottrazione (1).

Per altro il tutore aveva l'*actio tutelae contraria* cioè il diritto di esser rivalso dall'amministrato delle somme da lui spese in più di quanto ha esatto, ovvero dei danni patiti per causa dell'amministrazione (2).

Or pel rendimento di conto vi sono due principii.

Il primo è che possono ammettersi nel rendimento di conto le sole spese che siano giustificate e che vengano riconosciute utili e vantaggiose (3).

Il secondo è che dalla resa di conto decorrono gli interessi della somma, che si riconosce esser dovuta o dal tutore all'amministrato o viceversa dall'amministrato al tutore (4).

Tutela delle donne.

§ 252. Ne diremo brevi parole, non avendo oggi alcuna importanza.

Quando la donna giungeva alla pubertà non usciva di tutela, come era per l'uomo, ma vi rimaneva perpetuamente, se pure non si fosse maritata con la *conventio in manum*, nel quale caso passava sotto la dipendenza del marito, *loco filiae*.

Per altro codesta tutela perpetua era molto più lieve della tutela precedente alla pubertà, perciocchè non toglieva alla donna l'amministrazione delle proprie sostanze, ma la privava di ogni occasione o modo di comprometterle.

---

(1) Oggi l'amministrato ha il diritto al rendimento dei conti, ciò che corrisponderebbe all'*actio tutelae*, art. 302, ma non v'è nel Codice corrispondenza per riguardo alla seconda delle due azioni romane. È mancata cioè la pena del doppio, onde l'azione si è ristretta ad una sola.

(2) Teoria uniforme, art. 308.

(3) Teoria uniforme, art. 305 capoverso.

(4) Per Codice civile la teoria è identica per la somma che si riconoscesse dovere il tutore al pupillo; ma per quella che invece il pupillo dovesse al tutore, gl'interessi decorrono dal giorno della domanda giudiziale, art. 308. La ragione della differenza è che l'amministrato per rispetto, deferenza, o timore può non chiedere gl'interessi, mentre ciò non è pel tutore.

Digitized by Google

Principalmente tale tutela riducevasi al divieto di stare in giudizio, di alienare, di obbligarsi, di adire una eredità, e di far testamento.

La ragione che se ne dava era la debolezza del sesso, ma per verità tale ragione era più apparente che reale, perchè il segreto movente consisteva nel desiderio di mantenere il patrimonio in famiglia.

A poco a poco codesta tutela disparve — Dapprima per la legge Giulia Papia Poppea furono liberate dalla tutela le femine ingenue, che avessero avuto tre figli, e le libertine che ne avessero avuto quattro. Gl'Imperatori poi presero ad accordare il *jus trium liberorum*. I Giureconsulti cercarono di applicare alla donna la teoria della emancipazione, nel fine di liberarla dalla tutela. Con la *lex Claudia*, sotto l'imperatore Claudio fu poi abolita la tutela legittima delle donne, ed ogni tutela per esse era finalmente già scomparsa quando fu permesso alla madre di esser tutrice de'figli (1). Per altro si avverta che quando scomparve la tutela perpetua delle donne, esse andarono soggette alla cura a pari degli uomini, e con un certo maggior rigore perchè divenendo puberi più presto, si sarebbero vedute abbandonate a se stesse fin dall'età di 12 anni (2).

Cura.

§ 253. Vedemmo che la tutela in generale versa sulla difesa sociale e familiare, che deve darsi a'deboli, che la debolezza può provenir da cause comuni e da cause particolari a determinate persone, e che i modi per provvedervi sono più gravi e ritengono il nome di

---

(1) Per Codice civile non si riconosce la tutela delle donne, ma se le donne come tali oggi non deggiono esser sotto tutela, esse però non possono esser tutrici, e per sola eccezione vi si ammettono le ascendenti e le sorelle germane non maritate, art. 268 N. 1.

Per altro la odierna condizione delle donne maritate molto si assomiglia alla condizione, che in generale era fatta alle donne per Diritto Romano. Dappoichè l'autorizzazione del marito è necessaria precisamente per quegli atti, pei quali era in Diritto Romano indispensabile l'autorità del tutore, art. 134 e seguenti.

Ma la ragione della condizione attuale della donna maritata non è la debolezza del sesso, nè il desiderio di mantenere i beni in famiglia, invece è la dipendenza che la moglie deve avere verso il marito, art. 131.

(2) Si ripete che oggi fino all'età di 21 anno tutti sono sotto tutela, articolo 240, 323.

Digitized by Google

tutela propriamente detta per le cause generali, più lievi, e prendono il nome di cura per le cause speciali (1).

Or codeste cause particolari o speciali, come vogliansi chiamare, si manifestano nei furiosi o mentecatti, che sono i più deboli nella umana famiglia, perchè hanno perduta la forza delle facoltà mentali, le quali costituiscono la prima tra le umane virtù; si manifestano ne'prodighi, perchè per lo sciupo delle sostanze, le quali formano i mezzi indispensabili alla vita, essi hanno tale debolezza che ben possono accostarsi se non porsi alla classe dei matti; e si manifestano in quelli colpiti da grave e perpetua infermità, come è pe'ciechi, pe'sordomuti ecc.

Cosicchè i deboli per cause particolari erano i furiosi e i mentecatti, i prodighi e quelli offesi da grave perpetua infetmità.

Ma vi sono pure coloro che, sebbene non possano dirsi furiosi o mentecatti, pure non hanno serena la mente, ovvero mancano di un ordinario accorgimento (*insanis*, *stultus*) — Essi non erano senza altro soggetti alla cura, ma potevano secondo i casi e le circostanze venir sottoposti ad un curatore speciale.

§ 254. E perchè in Diritto Romano la tutela finiva al giungere della pubertà, cioè ai 14 anni per i maschi ed a 12 anni per le femmine, e per queste scomparve la tutela perpetua, dovea provvedersi alla debolezza derivante dalla inesperta loro età — Onde tra quelli sottoposti a cura vengono noverati i minori — Ma la cura per loro procede per diverso ordine d'idee.

Il disfavore con cui era riguardato l'avere un curatore, poichè la presenza di lui accenna ad una debolezza, fece in Diritto Romano ritenere la massima *inviti adolescentes curatorem non accipiunt*.

Essi aveano adunque un curatore se lo domandavano, ed uno degli obblighi del tutore al termine della tutela era di ammonire il giovanetto a chiedere un curatore—Per altro dovevano essi avere di necessità un curatore in tre casi, cioè per avere il rendimento di conto dal tutore, per ricevere un pagamento, e per sostenere una lite in giudizio — Per tutt' altro potevano agir da se, ma ognuno se ne guardava, per la ragione che essi godevano del benefizio della restituzione in intero in caso di danno — Intrigati perciò i minori a tal modo, domandavano ordinariamente il curatore, e ciò passò in ge-

(1) Il Cod. civ. fa la distinzione della tutela dalla cura, non per cause generali e particolari, invece per la gravità maggiore o minore della debolezza onde alcuno è afflitto — Il Cod. civ. inoltre chiama inabilitazione ciò che per prima dicevasi cura, e ne vedremo la ragione nelle seguenti note.

Digitized by Google

nerale osservanza, onde si disse che anche i minori erano soggetti a cura fino alla maggiore età (1).

---

(1) Il Cod. civ. ha esteso la tutela fino alla maggiore età, e così le intrigate vie Romane per giungere alla difesa del minore si sono spianate, art. 240, 241 e 323.

Ma restavano i mentecatti, i furiosi, gli stolti, i prodighi, e quelli colpiti da perpetua e grave infermità.

I veri mentecatti e i furiosi sono stati sottoposti al regime più rigoroso della tutela, e gli altri a quello più mite della cura, art. 329, 339, 340.

Il tecnicismo odierno per lo stato di tutela degli uni è quello d'*interdizione*, e per lo stato di cura degli altri è quello d'*inabilitazione*.

Se non che bisogna conoscere in qualche modo lo spirito del sistema odierno.

La legge non enumera tutte le forme sotto le quali può mostrarsi l'alienazione mentale, che deve portare l' interdizione, poichè la scienza stessa parve sinora impotente a definirle con esattezza. Oltre alla imbecillità ed alla demenza, vi sono stati intermedii, che partecipano a queste due perturbazioni senza riscontrarsi con esse; dalle cupe o furiose monomanie fino alle semplici esaltazioni mentali vi ha una così smisurata varietà di forme e di gradi che riesce impossibile di classificarle con legale criterio: onde si reputa necessario di lasciarne per ciascun caso l'apprezzamento all'autorità giudiziaria. —Procedendo in questo sistema si ravvisò opportuno (art. 339) di lasciare ai giudici la facoltà di pronunziare in luogo dell' interdizione la semplice inabilitazione.

Questa misura intermedia è di molta utilità per provvedere a quei casi in cui le facoltà mentali di un individuo, senza trovarsi in tale disordine o turbamento da far luogo all'interdizione, non presentano però una pienezza di capacità, o sembrano difettose di quel grado necessario per gli affari di maggiore importanza. La giurisprudenza francese, tratta dalla forza delle cose, dovè ammettere l'accennato ripiego, benchè mancasse in quel Codice un'apposita disposizione.

Riguardo poi al prodigo, la legge non deve adoperare misure di coercizione se non in quanto siano necessarie.

Se la giurisprudenza antica era inchinevole ad interdire il prodigo, i principii per contro c'insegnano che bisogna camminare ben cauti, quando si tratta di togliere ad una persona l'esercizio della sua libertà. Vuolsi impedire al prodigo la dissipazione del suo patrimonio, che può esser l' unico mezzo di sostentamento per se e per la famiglia. Ciò si ottiene inabilitandolo a vendere od ipotecare i proprii beni, ad obbligarsi e far atti che eccedano la semplice amministrazione, e deve bastare.

Spingere più oltre questa tutela, pareggiare il prodigo al vero infermo di mente, implica nella legge un rigore non giustificato, una supposizione contraria alla verità.

Resta a parlare di quelli colpiti da grave e perpetua infermità. Il Codice ha provveduto soltanto pe'sordomuti e pei ciechi dalla nascita essendo essi offesi dai mali fisici più gravi. — Ed ha stabilito che il sordomuto ed il cieco-nato divenuti maggiori s'intenderanno di diritto inabilitati, eccetto che il Tribunale li abbia dichiarati abili a provvedere alle cose proprie per la educazione ricevuta. Ragion vuole che il sordo-muto ed il cieco-nato si presumano incapaci di fare gli atti più importanti della vita civile: perciò se essi non fanno rico-

Digitized by Google

§ 255. Esaminatesi così le cause che danno luogo alla cura, e conosciutosi chi vi è sottoposto, convien vedere in che la cura consiste.

La cura è qualche cosa di meno della tutela; dapoichè mentre il tutore ha una piena autorità per gli atti relativi al pupillo, il curatore invece ha per attribuzione principale l'ammnistrazione dei beni di chi è sottoposto alla cura e l'assistenza in qualche atto giuridico importante. Egli è poco più di un procuratore, e talvolta è chiamato procuratore in Diritto Romano, sebbene il suo ufficio non sia privato ma sociale, *munus publicum* (1).

Ond'è che la definizione che si dà del curatore è—*potestas administrandi bona et rem familiarem eorum qui rebus suis ipsi superesse nequeunt.* Il concetto che principalmente spicca nella cura è che essa versa sull'amministrazione dei beni, che non può essere lasciata alla persona soggetta alla cura per un qualche impedimento, vizio, o difetto. Ma la parola *amministrazione* deve prendersi in senso più lato dell' ordinario perchè bisogna comprendervi anche l' assistenza in qualche altro atto. Codesto però è il concetto a dir così generico, ma bisogna delimitar bene le idee (2).

Come abbiam veduto, l'ufficio del tutore è triplice, cioè—1.° deve prender cura della persona del pupillo— 2.° deve interporre contestualmente la sua autorità negli atti giuridici che interessano il pupillo medesimo, il quale perciò non ha capacità di agire — 3.° deve amministrare i beni di lui.

Il curatore invece non ha tutte e tre codeste facoltà — Perciocchè — 1° non deve in generale prender pensiero della persona di chi sta sotto cura, ma soltanto qualche volta e per certuni deve provvedervi — 2° non deve interporre contestualmente la sua autorità per render valido ogni atto giuridico, com' è per il tutore, ma invece

---

noscere e dichiarare dal giudice la loro capacità, la legge li colloca in istato di inabilitazione.

(1) Per Cod. civ. la cura chiamata inabilitazione, è qualche cosa di meno ancora del Diritto Romano, perchè il curatore non ha l' amministrazione de' beni, ma deve soltanto prestare assistenza negli atti eccedenti la semplice amministrazione, art. 317, 318, 319, 339. Il Cod. civ. ha potuto più restringere le attribuzioni del curatore, perchè ha allogato i furiosi e mentecatti sotto tutela, artic. 329, mentre per Diritto Romano erano sotto la cura. Di più i minori da i 14 a 25 anni non sono oggi sotto la cura, ma invece fino a'21 anno si è sotto tutela, art. 240 e 307.

(2) Questa definizione per Cod. civ. non regge, perché non si è data al curatore l' amministrazione de' beni, ch' era come il perno della cura in Diritto Romano, art. 317, 318, 319, 339.

Digitized by Google

deve dare il consenso per quei soli atti giuridici, di cui è incapace chi è messo sotto la cura, il quale per gli atti non vietatigli resta capace ad agire — 3° deve amministrare i beni (1).

Dopo ciò apparisce chiara la forza del principio — *Curatores non uti tutores auctoritatem interponunt sed tantum consensum* — Il tutore deve interporre contestualmente la sua autorità in tutti gli atti giuridici che fa il pupillo, gli atti son più suoi che del pupillo, e in tutto suoi quando si tratti d' infante, mentre il curatore deve soltanto consentire ad alcuni atti e non a tutti, ed è indifferente che dia il consenso prima o dopo gli atti medesimi (2).

Potevano essere curatori tutti quelli che riunivano i requisiti per essere tutori.

§ 256. La cura era di due specie, cioè legittima e dativa. Non si riconosceva la cura testamentaria, perchè la Legge delle 12 tavole parlava della sola tutela, e perchè la cura, colpendo d'incapacità persone che fino a prova contraria si presumono capaci, non può lasciarsi in arbitrio del testatore. Ma se mai il padre di famiglia avesse nominato alcuno come curatore del figlio, in tal caso per eccezione si permise che la nomina valesse dietro confermazione del Magistrato.

La cura legittima era pe'furiosi, mentecatti, e prodighi, e si conferiva in modo identico alla tutela legittima — Per quello poi che non fosse completamente alienato, ma avesse deboli le facoltà mentali (*insanus, stultus*) si ripete che nominavasi un curatore speciale.

Per tutti gli altri soggetti a cura, questa era dativa e si concedeva dal Magistrato (3).

---

(1) Per Cod. civ. la teoria è uniforme, ma il curatore non ha l'amministrazione dei beni, art. 317, 318, 319, 339.

(2) Principio identico per Codice civile, art. 317, 318, 319, 339.

(3) Per Cod. civ. si distingue la tutela degl'interdetti dalla cura degl'inabilitati — Nè l'una nè l'altra possono di regola essere testamentarie perchè l' arbitrio de'testatori non si può estendere fino alla designazione di tutori a persone che godono la presunzione di capacità fino a prova contraria.

Esclusa di regola la tutela e la cura testamentaria per gl' interdetti e per gl'inabilitati, il Codice dà la tutela legittima degl' interdetti al conjuge, ed in mancanza del conjuge al padre dell'interdetto, e, quando anche questi manchi, alla madre.

Essi sono i soli tutori legittimi degl' interdetti, e se non vi siano, si passa alla tutela dativa dal consiglio di famiglia, se pure l'ultimo vivente dei genitori, prevedendo il caso della interdizione del figlio, non glielo avesse designato per testamento o per atto notarile, art. 330. Si vede dunque che il conjuge è preferito a tutti, e si è seguito in ciò il diritto germanico, e si vede che in mancanza di lui, la cura si dà a chi avrebbe esercitato la patria potestà se si fosse trat-

Digitized by Google

§ 257. Ma non si creda che la cura dei mentecatti, dei furiosi e de' prodighi s' imponga come la tutela pei fanciulli, perchè mentre per la tutela si è di fronte ad una presunzione d'incapacità, per la cura invece si è in generale di rincontro ad una presunzione di capacità che bisogna abbattere. Onde se per la tutela le cose procedono *de plano*, per la cura deve precedere il giudizio del Magistrato dietro esame, in altri termini deve farsene una causa che talvolta riesce delle più strepitose (1).

§ 258. Gli effetti che produce la cura a chi vi è sottoposto, consistevano nella privazione dell'amministrazione dei beni, e nella incapacità ad obbligarsi, ad alienare, o a stare in giudizio (2).

Del rimanente per la fine della cura e pel rendiconto, si tenevano gli stessi principii della tutela. Perciocchè anche per la cura valea

---

tato di minore non emancipato, e che per eccezione ispirata dalla pietà, dallo affetto, e dal giudizio dei genitori, è permesso all' ultimo vivente tra essi la nomina del tutore testamentario.

Gl'inabilitati poi hanno sempre soltanto la tutela dativa, art. 339.

(1) La teoria è identica, ma la differenza oggi non è tra tutela e cura, invece tra la tutela dei minori i quali hanno la presunzione di incapacità, e la tutela degli interdetti giudiziali, o la cura degl'inabilitati, pei quali invece sta la presunzione di capacità. Si abbia sempre presente che gl' interdetti sono per Codice civile passati sotto la tutela, art. 240, 329, 339.

Intorno ai giudizii d'interdizione, la quale è cosa molto delicata, se ne occupano e il Codice civ. ed il Cod. di Procedura civ. e impongono una procedura anormale, ma che riesce molto adatta al proposito. Conviene darne qualche breve idea.

Si comincia a procedere in Camera di Consiglio e il Tribunale ha la facoltà di rigettare senz'altro la domanda appena presentata, art. 837 Cod. proc. civ. La facoltà sembra enorme, ma pure chi scrive ne ha vista la necessità, specialmente nei casi in cui per dare impedimento al matrimonio, si è dai genitori presentata domanda d'interdizione per pazzia della figlia o del figlio i quali erano tutt'altro che matti.

Se la domanda non è all'istante rigettata, deve sentirsi il parere del Consiglio di famiglia e procedersi all'interrogatorio di quello, di cui si domanda la interdizione e la inabilitazione, art. 327 Cod. civ., 838 e 839 Cod. proc. civ.

Dopo di ciò si può destinare un curatore provvisorio, art. 327 Cod. civ., 841, Cod. proc. civ.

La causa s' istruisce ma all' esame dei testimonii, benchè di regola si ammette la presenza delle parti, non può esser presente il convenuto, perchè potrebbe eccedere e fare stranezze, art. 840.

Si procede quindi come in ogni altra causa formale, fino alla sentenza, la quale ammette tutti i gradi di giurisdizione, e, divenuta un giudicato, deve farsene pubblicità, affinchè i terzi ne siano avvisati per evitare inganni, art. 843 ed 844 Cod. proc. civ.

(2) Per Cod. Civ. l'interdetto è uguagliato al minore, e l'inabilitato al minore emancipato, art. 329 e 339.

Digitized by Google

la massima *cessante caussa cessat effectus*, onde finiva per gl'infermi *recepta valetudine*, pel prodigo *receptis sanis moribus*, e pei minori *majorennitate*, se pure non avessero questi avuto la *venia aetatis* (1).

§ 259. Anche il curatore dovea dare il rendiconto all'amministrato od agli eredi di lui dopo finita la cura. Il rendiconto potea pur darsi bonariamente o in via giudiziale, e se davasi in quest'ultima maniera v'erano due azioni, l'una diretta contro il curatore chiamata *actio tutelae utilis*, ovvero *actio negotiorum gestorum*, e l'altra contraria per indennità che il curatore pretendesse dall'amministrato a causa di danni sofferti o di spese fatte, e che chiamavasi *actio contraria* (2).

§ 260. Ora che siamo giunti al termine della cura, possiamo veder la precisa differenza che passa tra i tutori e i curatori. Essa è triplice. Perciocchè.— 1° I tutori si danno a quelli che hanno una presunzione d'incapacità, e i curatori invece a quegli altri pe' quali si presume la capacità, e deve provarsi il fatto che dà luogo alla incapacità. — 2° La tutela completa la capacità di agire del tutelato, mentre il curatore non fa che prestare il suo consenso agli atti che l'amministrato faccia e che ecceda i limiti della capacità che gli si è riconosciuta.—3° Il tutore si dà primariameute alla persona e secondariamente a'beni, il curatore primariamente a'beni e secondariamente alla persona (3).

§ 261. Vi sono poi altre specie di curatori, de' quali si parla a proprio luogo, e così il curatore degli assenti, il curatore al ventre, il curatore all'emancipato, il curatore all'eredità giacente ec. Ciascuno di essi deve rispondere della esecuzione della cura affidata, render conto del suo operato e dell' amministrazione che avesse avuta (4).

---

(1) Teoria uniforme, art. 338 e 342; ma pel minore la tutela finisce con la maggiore età, se pure non sia stato emancipato, nel quale caso cade sotto la cura art. 318.

(2) Oggi non vi è rendiconto e perciò mancano le azioni suddette per la ragione che chi è sottoposto a cura, vale a dire chi è inabilitato non perde l'amministrazione, art. 339.

(3) Codeste tre differenze reggono anche per Codice civile; ma per la prima essendosi dato il tutore a'furiosi e mentecatti, oggi la differenza non è tra tutela e cura, invece tra la tutela de'minori i quali hanno la presunzione di incapacità, e la tutela degl'interdetti giudiziali o la cura degl'inabilitati pe'quali invece sta la presunzione di capacità. Inoltre per diritto odierno vi è altra differenza gravissima tra la tutela e la cura, perchè l'una comprende l'amministrazione de'beni, e l'altra no. Veggansi le precedenti note.

(4) Teoria uniforme, art. 20, 236, 318, 981, 1745, 1746, 1747.

Digitized by Google

ISTITUTI COMUNI ALLA TUTELA E ALLA CURA.

§ 262. Si son viste le norme proprie della tutela e della cura. Ora dobbiam passare a quelle comuni all'una ed all'altra, e che versano sopra tre punti, cioè — 1° sopra la cauzione — 2° sopra le scuse — 3° sopra l'accusa di sospetto.

Cauzione dei tutori e curatori.

§ 263. La ragione per la quale i tutori e i curatori dovean dare cauzione consisteva nell'amministrazione de'beni ad essi confidata, dappoichè è regola di diritto che chi amministra deve rendere il conto e dar guarentigia. Il principio dunque che serviva di base a tale cauzione era — *rem pupilli vel adolescentis salvam fore* (1).

Or tutta la teoria versa nel vedere — 1° quali tutori e curatori debbano dar cauzione — 2° quale n'era il modo — 3° quali n'erano gli effetti.

1° Non tutti i tutori dovean dar cauzione ma soltanto quelli *in quos cadit ulla suspicio*. Ond'erano dispensati dalla cauzione i tutori testamentari, poichè il giudizio paterno allontanava ogni sospetto, dal momento che con la scelta fatta dimostrava la fiducia riposta nel tutore nominato e la moralità di lui. Erano pure dispensati i tutori nominati dai magistrati maggiori, per la ragione che questi agivano con tutta circospezione e sicurezza mediante la inquisizione (2).

Ma i tutori testamentarii doveano dar cauzione se si fossero of ferti, poichè il sospetto nasceva dall'offerta, mentre è troppo difficile che alcuno si offra ad un peso senza qualche guadagno. Al cui proposito è da ricordare ciò che dicemmo all'esercizio della tutela, cioè che se i tutori fossero stati più, e si fosse trattato di scarse sostanze, dovea la tutela affidarsi ad un solo e precisamente a quello che si fosse offerto (3).

---

(1) Si è veduto che per Codice civile i tutori amministrano i beni, art. 277, ma icuratori non li amministrano, art. 317, 339. Onde segue che i tutori debbono dar cauzione, art. 292, 293, ma non debbono darla i curatori.

(2) Per Codice civile tutti i tutori debbono dar cauzione, meno l'avo paterno o materno nel cui affetto, onestà, e rettitudine la legge confida, art. 292, e meno quelli che siano stati dispensati dal Consiglio di famiglia con deliberazione omologata dal Tribunale, art. 292 e 293. Il principio è sempre il sospetto, che la legge non ha per l'avo paterno e materno, ma che potrebbe esservi per gli altri, onde la legge si rimette alla discrezione del Consiglio di famiglia e de'Magistrati.

(3) Oggi il tutore dev'essere sempre un solo, art. 242, 244 e 245. E poi, si offra alcuno a far da tutore, o non si offra, egli deve dar cauzione. Vedi la prècedente nota.

Digitized by Google

2° La cauzione (come vedremo nella materia contrattuale) è di più specie, e le principali sono la reale e la personale, cioè quando si dà guarentigia con una cosa, come mediante ipoteca o pegno, o quando la si dà con la persona val dire co' fideiussori. Or per Diritto Romano vi era una ipoteca legale generale su' beni del tutore e del curatore, ma come incerta non si reputava sufficiente, e si voleva anche la cauzione personale, più di tutto perchè al cominciar della tutela e della cura non si poteva sapere se si sarebbero e di quanto resi responsabili il tutore e il curatore. In codesta incertezza della ipoteca generale, della possibilità o meno che il tutore o curatore si rendessero responsabili, e della somma di cui avrebbero dovuto rispondere, come si sarebbe potuto stabilire fino a qual valore dovea darsi una garenzia reale meno incerta della ipoteca generale? Uopo era affidarsi ai fideiussori, i quali erano responsabili di quella qualunque somma i tutori non avessero potuto pagare in fine della tutela (1).

La forma poi del contratto di fideiussione co' fideiussori era il contratto verbale, detto stipulazione, che era la forma più usitata e volgare in Diritto Romano, come vedremo nella materia contrattuale. Il contratto si faceva tra un servo di quello che era sottoposto a tutela od a cura ed i fideiussori, poichè tornava a vantaggio del padrone la stipulazione del servo; e se quegli non avesse avuto servi, stipulava il servo pubblico.

3° Gli effetti poi erano che, verificandosi responsabilità del tutore o del curatore, essi dovean pagare; e se essi non potevano, pagavano i fideiussori; ed in mancanza di costoro avrebbero dovuto pagare i Magistrati i quali fossero stati in colpa nel dare fideiussori insolvibili (2).

Scuse de' tutori e curatori.

§ 264. Uno dei principii cardinali nel sistema tutelare è che la tutela e la cura sono ufficii pubblici (*munus publicum*), e da tale principio segue che le cause le quali d'ordinario scusano dagli ufficii pub-

(1) La cauzione per Codice civile è soltanto reale. Si è voluto esser più sicuri per l'interesse de'tutelati. Ma si è dovuta ammettere grande latitudine nella determinazione della somma, che riesce senza dubbio e molte volte capricciosa ed arbitraria, art. 292, 1922, 1969 n. 3, 1983, 1984, e 2002.

(2) Per Codice civile la responsabilità resta assicurata con ipoteca legale su'beni. Veggansi detti articoli. Oggi responsabilità del Magistrato non vi è, ma potrebbe esservi quella del Consiglio di famiglia in caso di colpa nella dispensa, articolo 1151.

Digitized by Google

blici, in generale scusano anche dalla tutela. Onde la scusa nel sistema tutelare si definisce — *exceptio vel caussa ob quam quis munus publicum, adeoque et tutelam, suscipere vel non cogitur vel prohibetur* (1).

Se non che la parola scusa (*excusatio*) in Diritto Romano non si prende nel senso stretto grammaticale, ma nel senso lato giuridico. Il significato comune della parola *scusa* è l'allegazione di una causa per la quale alcuno non è tenuto ad imprendere un carico. Ma il significato giuridico comprende non solo codesta idea, ma anche l'altra di esistenza di una causa per la quale alcuno è liberato o non è ammesso dalla legge a sostenere un peso. Così i minori non sono ammessi a stare in giudizio, e nel Fr. 1, § 3. *de postulando* 3. 1. si dice che essi per la puerizia ne sono scusati. È il solito fraseggio delicato del Giureconsulto (2).

Ciò posto, ad esaminare ordinatamente la teoria, dobbiamo distinguerla in tre punti, vedere cioè—1° quali sono le scuse—2° qual'è il modo per farle valere — 3° quali ne sono gli effetti.

§ 265. La scuse sono volontarie o necessarie secondo che si prenda il primo od il secondo de' significati della parola *scusa*. Questa è volontaria quando deriva dall'allegazione del tutore o del curatore, di modo che non facendola essi valere rimangono nel loro ufficio: è necessaria quando per legge qualcuno è incapace di aver quell'ufficio, come per la minore età, pazzia ecc. Conviene perciò parlare distintamente delle scuse volontarie, e delle necessarie (3).

§ 266. *Scuse volontarie*. Queste si aggruppano sotto ciascuna delle tre cause che le hanno suggerite, cioè: *a*) per privilegio, *b*) per impotenza, *c*) per pericolo di stima (4).

a) Per privilegio erano dispensati coloro che avessero in Roma tre figli, in Italia quattro, nelle provincie cinque.

I figli morti non si calcolano, ma si calcolano quelli morti in guerra, *quia in gloriam vivere intelliguntur* (5).

---

(1) Anche oggi si osserva più o meno in generale che le cause di dispensa, d'incapacità, e di esclusione dagli officii pubblici lo sono del pari per la tutela.

(2) Il Codice civile non adopera la parola *scusa*, ma invece quelle di *dispensa* e *d'incapacità*. Le altre parole di *esclusione* e di *rimozione* rispondono all'*accusa di sospetto* di cui parleremo in ultimo. Veggansi rubriche delle sezioni IV e V Tit. 9 Lib. I.

(3) Il Codice civile chiama *dispensa* la scusa volontaria, ed *incapacità* la scusa necessaria, art. 268 e seg. 272 e seg.

(4) Per Codice civile si riconoscono le due prime cause e non la terza, come si vede dalle seguenti note.

(5) Può essere dispensato chi ha 5 figli viventi, nel cui numero si comprendono i morti in guerra, art. 273 n. 4.

Digitized by Google

Gli assenti per causa pubblica (1).

I Magistrati maggiori (2).

Quelli che professavano arti liberali, come medici, giureconsulti; e gli altri a' quali si fosse concesso uno speciale privilegio, come per *victoriam athleticam* ecc. (3).

Gli amministratori di cose pubbliche, gli esattori di pubblico danaro, ed i conduttori dei fondi del Principe, perchè i loro beni erano affetti da ipoteca legale occulta (4).

b) Per impotenza erano scusati coloro che avessero il carico di altra grave tutela, o quando tre tutele fossero state date a' componenti di una stessa famiglia (5).

I poveri perchè doveano seriamente pensare a procacciarsi da vivere, e perchè difficilmente avrebbero trovato fideiussori (6).

Quelli che erano affetti da grave e permanente infermità (7).

Quelli che erano imperiti nelle lettere, purchè non si fosse trattato di tutela molto tenue (8).

Quelli che avevano compiti i 70 anni (9).

c) Per pericolo di stima era scusato chi avesse avuto capitale inimicizia col padre del pupillo, non già perchè si debba portare odio oltre la tomba, ma perchè ciascuno ha diritto di togliere da sè un sospetto (10).

§ 267. *Scuse necessarie*. Queste erano pe'

1.° Furiosi

2.° Dementi

3.° Sordi

4.° Ciechi

5.° Minori (11)

---

(1) Chi ha missione del Governo fuori del Regno, o per ragione di pubblico servizio risieda fuori il territorio del Tribunale ove è costituita la tutela, articolo 272 n. 7.

(2) Presidenti delle camere, Ministri, Prefetti, e simili alti funzionarii, art. 272.

(3) Non è ammessa questa ragione di scusa.

(4) Nè anche questa ragione di scusa è ammessa, perchè non v'è più ipoteca legale occulta, e perchè i Contabili debbono dar malleveria sulla quale v'è privilegio, art. 1958 n. 11.

(5) Chi sia già incaricato di una tutela, art. 275 n. 5.

(6) I poveri, quando il Consiglio di famiglia non dispensi dalla cauzione, o non vi sia omologazione del Tribunale per la dispensa, art. 292.

(7) Uniforme, art. 273 n. 3.

(8) Non v'è questa ragione di scusa.

(9) Quelli che han compito i 65 anni, art. 273. n. 2.

(10) Non v'è questa ragione di scusa.

(11) Quelli che non hanno l'amministrazione de'beni, cioè gl'interdetti per in-

Digitized by Google

6.° Militari (1)

7.° Quelli che avessero o fossero per avere una lite col pupillo (2)

8.° Sacerdoti (3)

9.° Conjuge che non poteva essere tutore o curatore dell'altro conjuge (4).

10.° Le donne, ad eccezione della madre e dell'ava (5).

§ 268. In quanto al modo a tenersi per far valere le scuse, doveano distinguersi le scuse volontarie dalle necessarie. Per le volontarie era designato un termine più o meno lungo secondo le distanze, dentro il quale doveano presentarsi tutte le ragioni di scusa innanzi al Magistrato. Se si fosse fatto trascorrere il termine, si presumeva la rinuncia tacita alle scuse medesime, e la tutela e la cura restavano ferme. Per le scuse necessarie poi potevano farsi valere in ogni tempo da' tutori o curatori, e potevano di ufficio i Magistrati competenti rimuovere quelli che fossero compresi nel novero innanzi designato (6).

§ 269. Gli effetti consistevano nel dispensare il tutore o il curatore quante volte si fosse ammessa o riconosciuta di ufficio la scusa volontaria o necessaria. Ma si avverta che se la scusa non fosse stata ammessa, la responsabilità del tutore o del curatore si calcolava non dal giorno del rigetto della scusa, invece dal giorno in cui la tutela o la cura vennero conferite, per la ragione che la tutela e la cura costituivano un quasi contratto, e come vedremo nella materia contrattuale, la obbligazione sorge all'istante (7).

---

fermità di mente, e i minori non possono esser tutori o curatori, art. 268 n. 2 277, 329. I sordi e i ciechi dalla nascita hanno l'amministrazione de'beni, perchè sono soltanto inabilitati, art. 340. Ma possono esser considerati affetti da grave e permanente infermità, art. 273 n. 3.

(1) Può esser dispensato il Militare in attività di servizio, art. 273 n. 6.

(2) Uniforme, ma la lite deve mettere in pericolo lo stato del minore o una parte notabile delle sue sostanze, art. 268 n. 3.

(3) Non è riconosciuta questa ragione di scusa.

(4) Seguendosi il diritto germanico, il coniuge di maggiore età è tutore di diritto dell'altro coniuge interdetto per infermità di mente, art. 330. La donna minore, emancipata pel matrimonio, ha per curatore il marito, art. 315.

(5) Oggi la madre ha la patria potestà, art. 220. Possono esser tutrici le ascendenti e le sorelle germane non maritate perchè in esse si presume molta affezione e molta conoscenza delle cose di famiglia.

(6) Per Codice civile non vi è designazione di termine, e le scuse si propongono al Consiglio di famiglia, il quale può provvedere anche senza dimanda nei casi d'incapacità. Avverso la deliberazione del Consiglio di famiglia si può fare richiamo al Tribunale, art. 271, 275, 276.

(7) Gli effetti sono identici, e di più il tutore o curatore debbono esercitare il loro uffizio finchè non sieno dispensati, art. 271, 275, 276. Si avverta intan-

Digitized by Google

Dell'accusa di sospetto de' tutori e curatori.

§ 270. Il principio dominante per quest'accusa, che menava alla rimozione del tutore o del curatore, era precisamente il sospetto. Ond'erano soggetti a quest'accusa i condannati, i quali per la condanna soffrivano la massima o la media diminuzione di capo, quelli che avessero dato prova di profitto, o che fossero di notoria cattiva condotta, quelli che avessero mostrato trascuraggine nell'amministrazione, quelli che dilapidassero le proprie sostanze in modo da aver bisogno dell'altrui direzione, quelli che non avessero fatto inventario de' beni dei minori, ed in generale tutti coloro pe' quali concorreva una giusta causa.

L'accusa poteva farsi contro tutti i tutori e curatori, e soltanto si faceva eccezione pei tutori legittimi, i quali restavano paralizzati con un curatore, e che si dava a chi era soggetto a tutela o cura, e non erano rimossi per un riguardo all'onore del pupillo, *ne si sanguini honor non haberetur, infamiam in ipsum pupillum quodammodo redundat.* (1)

§ 271. Ma qual'era il modo per far valere codesta accusa, e quali ne erano i precisi effetti?

L'*accusatio suspecti tutoris* era un'azione pubblica civile che si esperiva innanzi a' Magistrati civili non solo da' parenti del pupillo, ma da chiunque del popolo comprese le femine *sexus verecundiam non egredientes*. Poteva pure il Magistrato agire di ufficio. Si voleva senz'altro provvedere al principio *rem pupilli salvam fore* (2).

---

to che il curatore può domandare dispensa non solo per le cause innanzi indicate, ma anche per le altre non precisate dalla legge. L'ufficio del curatore, specialmente per Codice civile, è molto meno importante di quello del tutore. Argomento dagli art. 268 prima parte, 272 prima parte, e 276.

(1) All'accusa di sospetto del Diritto Romano risponde la esclusione e rimozione del Codice civile.

Il principio dominante è identico, e i casi sono pressochè simili a quelli precisati in Diritto Romano.

Tutti i tutori e curatori sono soggetti alla esclusione e rimozione, e non si fa per Codice civile eccezione pe'tutori legittimi. Veggansi art. 269 e 270 — 280, 286, 288.

(2) Per Codice civile deve pronunciare il Consiglio di famiglia, e vi può essere richiamo al Tribunale, art. 271.

Or il Consiglio di famiglia si può convocare ad istanza de'componenti di esso, del tutore, del minore, o di chi ha un interesse legittimo. Può esser convocato di ufficio dal Pretore o dietro ordine del Procuratore del Re, art. 257. Sicchè oggi non v'è azione pubblica concessa a tutti, ma è necessario avere un interesse legittimo, e chi non l'ha deve rivolgersi al Pretore o Procuratore del Re

Digitized by Google

Gli effetti poi di quest'accusa erano i seguenti:

1.° S'interdiceva immediatamente l'amministrazione al tutore o curatore (1).

2.° Convinto reo, era rimosso con infamia se vi fosse stato dolo o colpa lata, senza infamia se vi fosse stata colpa lieve (2).

3.° Se il tutore o curatore dopo l'accusa si fossero allontanati, quegli che si trovava sotto tutela o sotto cura era posto nel possesso de' beni loro con una specie di procedura esecutiva (3).

4.° Se vi era reato, si mandava alla giurisdizione penale (4).

5.° Non avea più corso l'accusa di sospetto, se il tutore o curatore fossero morti, o se la tutela o la cura fosserò finite, perchè con l'*actio tutelae*, per resa di conto, si provvedeva all'interesse di chi era soggetto alla tutela o alla cura (5).

---

(1) Non vi è quest'effetto.

(2) V'è la rimozione art. 269, 280, 286, 288, ma non v'è infamia, che non è riconosciuta da' Codici vigenti in alcun caso.

(3) Non v'è questo effetto.

(4) Il Pretore è uffiziale di polizia giudiziaria, art. 57. proc. pen., epperò l'effetto è identico.

(5) Quest'ultimo effetto è identico, perchè mancherebbe di scopo la rimozione dopo la morte del tutore o curatore o dopo la fine della tutela o cura, e l'azione per resa di conto e per danni patiti resta sempre salva.

Digitized by Google

DEGLI OBBIETTI DI DIRITTO

§. 272. Per quanto si è detto a' § 19,72, e 75 conosciamo già che l' obbietto di diritto è la materia su cui il diritto si esercita, cioè la cosa che informa la relazione tra il subbietto attivo che ha il potere, e il subbietto passivo che ha il dovere. Su questo punto dobbiamo tener ferma e netta l'idea, quale ce la dà con tutta lucidezza il nostro filosofo Romagnosi nel Diritto pubblico universale § 190 e 192 vol. 3 parte 1, nelle Istituzioni di civile filosofia § 1485 e seguenti vol. 3 parte 2, e nella Genesi del diritto penale § 145 e seguenti vol. 4 parte 1 edizione de Giorgi.

L' obbietto di diritto si riduce adunque alle cose.

Ma queste in tanto entrano nella considerazione del diritto privato, in quanto possono formare oggetto del patrimonio di una persona.

Onde è d'uopo conoscere brevemente sulle generali come le cose vengano a costituire il patrimonio di un determinato individuo.

L'uomo, circondato da una massa di bisogni, cerca rendersi soggetti de' frammenti di natura, e inoltre domanda sovente il soccorso di altri uomini.

Rendendosi soggetti codesti frammenti, sorge il potere dell'uomo sulla cosa. Tal potere può esser molto vario, e vario sarà perciò il rapporto che passa tra la persona singola in via immediata di fronte alla cosa, e, per mezzo della cosa, rimpetto a terze persone. Il complesso di siffatti rapporti costituisce il *diritto reale*.

Ma l' uomo con le sole sue cose e con la sola sua forza non giunge a soddisfare i suoi bisogni, ed entra perciò in relazione con altri uomini per uno scambio e di sostanze e di forze. È questa una diversa serie di rapporti costituente il *diritto delle obbligazioni*.

Il potere che l'uomo à sulle cose, e le relazioni dell' uomo con l' altro uomo per lo scambio di sostanze e di forze, formano altrettanti diritti, l'insieme de' quali è il suo patrimonio.

Inoltre, sempre relativamente al patrimonio, l'uomo continua, anche dopo morto, a sussistere con la sua personalità, la quale viene assunta da altri che lo rappresenta, e a tal rappresentanza vien dato il nome di *diritto di eredità*.

Tre adunque sono i diritti sulle cose, cioè — 1° i diritti reali — 2° i diritti di obbligazione — 3° i diritti di eredità.

Per altro tutti tali diritti hanno in più punti una comunanza di

Digitized by Google

profili, la cui cognizione è indispensabile premettere per agevolare la intelligenza di ciascun singolo istituto.

Per lo che tutta la materia degli obbietti di diritto va preceduta da una teoria generale e costituita da' diritti reali, di obbligazione, e di eredità.

Noi a tal modo ne tratteremo, e soltanto parleremo del diritto di eredità immediatamente dopo i diritti reali, riservando in ultimo i diritti di obbligazione, perchè la eredità è molto affine a' diritti reali, come abbiamo cennato al § 73 e come dimostreremo parlando di questi diritti, ed anche perchè l'ordinamento delle materie viene così ad accostarsi sempre più a quello del nostro Codice Civile.

Digitized by Google

TEORIA GENERALE DEGLI OBBIETTI DI DIRITTO

§. 273. Gli obbietti di diritto consistono nelle cose, e la prima indagine deve quindi versare sulla natura giuridica di esse.

Ma i diritti che può una persona avere sulle cose presentano delle diverse fasi, a seconda de' varii fatti giuridici pe' quali i diritti vengono acquistati, modificati, o perduti; e perciò la teoria de'fatti giuridici dev' esser ben conosciuta; e sviluppata.

Siano poi qualunque i diritti che le persone abbiano sulle cose, dev' esserne assicurato l'esercizio e la tutela.

Laonde i punti ne' quali viene a concentrarsi la teoria vagante ne' diritti reali, di obbligazione, e di eredità, sono — 1° la natura giuridica delle cose — 2° i fatti giuridici pe' quali i diritti sulle cose vengono a sorgere, a modificarsi, e ad estinguersi — 3° l'esercizio e la tutela di tali diritti.

NATURA GIURIDICA DELLE COSE

§. 274. In generale la cosa s' identifica con l' oggetto del diritto, vale a dire con ciò che può formare oggetto della volontà giuridica, ossia con la materia su cui il diritto si esercita. Veggansi §§ 19, 72, 75 e 272.

Per altro è d'uopo averne una idea più precisa.

La parola *cosa* non ha il largo significato volgare di tutto ciò che in qualunque modo è, o può essere, nel mondo de'sensi e del pensiero — *omne quod est aut cogitatur* — ma ha una doppia limitazione, cioè — 1° di esistenza fisica, o giuridica — 2° di utilità che debba prestare all'uomo. Se per poco si esca dall'una di codeste limitazioni, non v' è più cosa pe' Giureconsulti, e il legislatore non se ne dà pensiero. Così se uno parlasse del Minotauro, del Centauro, sarebbe subito relegato tra' poeti; se del sistema planetario, lo sarebbe tra gli astronomi.

La Legge non può esser fantastica, vuole la realtà, la esistenza, congiunte alla utilità.

Conviene schiarir bene que'due elementi onde consta la parola *cosa*.

Digitized by Google

1° È necessaria la esistenza, ma niente rileva che essa sia presente o futura, che sia fisica o giuridica. Così un fondo è cosa presente, il ricolto a farsi è cosa futura: un fondo è cosa fisica, la servitù impostavi è cosa giuridica. Delle cose giuridiche faremo parola ora che tratteremo della divisione delle cose corporali e incorporali.

2° È necessaria la utilità che provvenga all'uomo dalla cosa, poichè se manchi l' utile non v'è ragione pel Legislatore ad occuparsene. La parte utilitaria, nel senso più esteso, dal suo derivato *uti*, *usus*, deve di necessità entrare nelle Leggi; altrimenti verrebbe a mancare l'oggetto della disposizione legislativa (veggasi § 22). L'utile può essere pubblico o privato, fisico o morale.

Si distingue poi la parola *cosa* dalla parola *beni*. *Cosa* è ciò che à o può avere una esistenza congiunta ad una utilità. *Bene* è ciò che riunisce tali requisiti, e che si trova nel nostro patrimonio (1).

Inteso così il significato della parola *cosa*, e quello della parola *beni*, passiamo ora a vedere come esse vengono a distinguersi.

Due sono le distinzioni che si fanno delle cose, cioè, 1° per rapporto alle qualità giuridiche di esse, 2° per rapporto alla capacità di diritto sulle medesime (2).

Qualità giuridiche delle cose

§. 275. Sotto tale rapporto, le cose hanno nove divisioni, cioè si distinguono in

1. Corporali e incorporali
2. Mobili e immobili
3. Divisibili e indivisibili
4. Commerciabili e non commerciabili
5. Fungibili e infungibili
6. Consumabili e inconsumabili
7. Semplici e composte
8. Principali ed accessorie
9. Mancipi e non mancipi (3).

---

(1) Il codice civile adopera la parola *beni* per indicare quelle cose che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata, e riserva la parola *cose* a quelle che sono comuni a tutti e che non possono formare oggetto di proprietà artic. ed arg. art. 406. Veggansi le note a' § 292 e 293.

(2) Le divisioni sono identiche per Codice Civile. Per rapporto alle qualità giuridiche, art. 407 a 424. Per rapporto alle persone a cui appartengono, artic. 425 a 435.

(3) Meno l' ultima divisione, le altre sono tutte ritenute dal Codice Civile, come vedremo nelle seguenti note.

Digitized by Google

1. — Cose Corporali e incorporali

§. 276. Le cose corporali sono quelle che *tangi possunt*, le incorporali quelle che *tangi non possunt*. Così dicevano i Giureconsulti romani, i quali, seguaci della scuola stoica, riducevano tutti i sensi al tatto. Gli scrittori posteriori di diritto han chiamato *res materiales* le cose corporali, *quae in jure consistunt* le incorporali.

Per verità i diritti non dovrebbero avere il nome di cose incorporali, perchè il concetto di cosa non è conciliabile col diritto che alcuno abbia, mentre dovendosi il diritto distinguere dall'obbietto, non potrebbero entrambi esser cose. Diritto significa facoltà, potere, e cosa significa materia su cui il diritto opera. Il diritto dunque non può esser cosa, e cosa invece è la materia su cui il diritto si esercita, cioè l'obbietto di diritto. Veggansi §§ 14 e seguenti e § 272.

Ciò non ostante i Giureconsulti Romani fecero la distinzione di cose corporali e incorporali, cioè di cose materiali e di diritti, la distinzione si è sempre tenuta ferma, e la si fa anche da' Codici odierni (1).

E mestieri perciò conoscere come mai tal divisione fu fatta, ed è stata ritenuta.

Sembra che le ragioni siano tre.

La prima è che la parola cosa à un senso volgare, di tutto ciò che esiste, cioè il senso di oggetto. Riflettendo nella Legge tale senso si trova che esistono cose corporali, e cose che non sono corporali, cioè i diritti.

La seconda è che, la idea di cosa si associa molto facilmente al patrimonio della persona, e se si guardi al patrimonio di alcuno, si troverà che non vi sono altro che cose materiali e diritti.

La terza è che, come vi sono persone fisiche e giuridiche, così vi hanno cose fisiche e giuridiche. Le cose giuridiche, al pari delle persone giuridiche, non hanno esistenza fisica, ma hanno esistenza legale per sola forza e volontà della legge, affinchè i bisogni sociali possano essere meglio soddisfatti. Or le cose incorporali o giuridiche, come voglian chiamarsi, consistono ne'diritti come il diritto di servitù, il diritto di usufrutto, il diritto ereditario, il diritto d' ipoteca, il diritto di obbligazione. Cotesti diritti non hanno esistenza fisica, sebbene gli effetti di essi riposino sulla materia.

Siano vere tutte e tre codeste ragioni, siane vera alcuna, è certo

(1) Per Codice Civile si veda specialmente nell'art. 1466.

Digitized by Google

che la distinzione tra cose corporali e incorporali vi è stata sempre, e regge ancora. Ma i Giureconsulti mettevano però la proprietà tra le cose corporali, e la ragione è che la parola proprietà comprende il diritto e l' oggetto, e il concetto giuridico della proprietà abbraccia in intima unione e diritto ed oggetto, essendo la proprietà una facoltà ed un potere tali da assorbire ed investire totalmente la cosa che vi è sottoposta (1).

Intanto giova avvertire che il danaro, come materia che consta di oro, di argento, di bronzo, o di carte di credito pubblico equivalenti moneta, è cosa corporale, ad esempio *il danaro chiuso nel mio scrigno* — Come quantità è cosa incorporale, ad esempio mille lire. Nel primo caso il danaro si tocca, e nel secondo non si tocca. Tale distinzione riesce importantissima per la perdita di cose (2).

2. — Cose mobili e immobili.

§. 277. I Giureconsulti Romani ponevano la divisione delle cose mobili e immobili tra le cose corporali: in altri termini le sole cose corporali (e non le incorporali) si dividevano in mobili e immobili. La distinzione delle cose incorporali, cioè de' diritti in mobili e immobili, fu fatta per analogia.

La ragione è che la qualità della mobilità, cioè della capacità di cangiare i rapporti di spazio, senza detrimento dell'essenza, e la qualità della immobilità, vale a dire del difetto di tale capacità, non può attribuirsi che a quegli oggetti soltanto i quali trovansi nello spazio, onde si riferisce alle sole cose corporee. Ma tale distinzione dovea estendersi a' diritti patrimoniali, più di tutto perchè per determinati diritti, esistono diverse disposizioni secondochè si tratti di mobili o d'immobili (3).

Ad avere idee chiare intorno a questo punto, giova parlar prima de' mobili ed immobili corporali, e poi degl' incorporali, cioè dei diritti.

---

(1) Il Codice civile ritiene la distizione tra cose corporee ed incorporee, argom. art. 1466, 407, 415, 416 e 418.

(2) Per Codice Civile teoria identica, argomento dagli art. suddetti e dall'articolo 893.

(3) La divisione delle cose in mobili e immobili è divisione cardinale per Codice Civile per le gravi conseguenze che ne derivano. Così per Diritto internazionale privato, le cose immobili sono rette dalla legge del luogo dove si trovano, ed i mobili dalla legge della nazione del proprietario art. 7 Disposiz. prel. del Cod. Civ.: Per Codice Civile, la materia probatoria risente della differenza tra mobili e immobili art. 1314: ne risente ancora la teoria dotale, art.

Digitized by Google

Cose mobili ed immobili corporali.

§ 278. Mobili corporali sono quelle cose che o si muovono per loro virtù interna, come gli animali, o si possono trasportare intatte da un luogo all'altro, come un tavolino, una sedia (1).

Immobili corporali sono — 1. le cose che non possono muoversi salve fisicamente, cioè non possono trasportarsi intatte da un luogo all'altro, come ad esempio le case—2. le cose mobili corporali che si considerano come immobili in riguardo a determinati rapporti come le porte, le finestre, i torchi, i vasi vinarii, gli animali addetti alla coltura ec., e ciò allo scopo di far partecipare tali cose sotto alcuni rispetti del trattamento che è proprio delle cose immobili (2).

Le cose immobili corporali si distinguono in fondi urbani e rustici. Urbani sono gli edifizii, rustici sono i fondi destinati alla coltura. Niente rileva il luogo dove si trovano, cioè se in città o in cam-

---

1401, 1403, 1409, 1410: l'ipoteca può imporsi sugl' immobili e non su' mobili art. 1969: la prescrizione per gli immobili e pe'mobili si compie diversamente, art. 2137, 2146, 708, 709. La competenza varia secondochè si tratti di mobili o d'immobili, art. 90 e 93 Cod. proc. civ. La esecuzione forzosa su mobili è diversa da quella sugl' immobili, art. 577 e seg. 659 e seg. proc. civile, ecc.

La distinzione de' diritti immobili e immobili è anche oggi fatta per analogia, cioè sono considerati o determinati per tali dalla legge, art. 415 e 418..

(1) I mobili corporali sono dal Codice Civile chiamati mobili per natura, articolo 417, 419, 420.

(2) Gl'immobili corporali della prima specie sono dal Codice Civile chiamati *immobili per natura*, e si riducono al suolo ed a tutto ciò che vi sta in unione organica o meccanica fino a che però duri la stabile connessione col suolo medesimo, e così i mulini e bagni anche galleggianti ma saldamente attaccati ad una riva sulla quale trovisi una fabbrica destinata al loro servizio, art. 408 e 409, gli alberi finchè non siano atterrati, art. 410, i frutti finchè non sieno raccolti art. 411, i corsi d'acqua e i canali che le deducono, art. 412.

Gl'immobili corporali della seconda specie son chiamati *immobili per destinazione*, perchè vi è sempre la determinazione del rapporto ad una cosa immobile, onde si vede che son ritenuti immobili i mobili annessi stabilmente ad un fondo o ad un edificio, come le statue nelle nicchie fatte per esse espressamente, specchi e quadri che formano corpo col tavolato, con la parete, e col soffitto ec. art. 414. Tra gli animali son considerati immobili per destinazione quelli addetti alla coltura, i piccioni delle colombaie, i conigli delle conigliere, i pesci delle peschiere, e le api degli alveari, art. 413. Inoltre per la continuazione dell'ordinaria economia di fondi rustici sono immobili per destinazione le cose principali che servono alla coltura, e così stromenti rurali, fieno e sementi somministrati agli affittuari o a' mezzaiuoli, paglia e concime ec., art. 413, 1625 e 1626, come del pari per riguardo alle industrie sono immobili per destinazione gli utensili necessari a fucine, cartiere, mulini ed altre fabbriche, art. 413.

Digitized by Google

pagna. *Urbanum praedium non locus facit sed materia.* Fr. 198 *de verborum significatione* 50, 16. Se poi sono riuniti, decide la qualità della cosa principale (1).

Cose mobili ed immobili incorporali, cioè diritti.

§ 279. Il principio direttivo per la mobilità o immobilità de'diritti è che di regola, e salva qualche eccezione di cui parleremo, i diritti sono immobili quante volte versino sopra cose immobili, mobili quando versino sopra cose mobili. E perchè le azioni non sono altro che manifestazioni del diritto per conseguirne l'oggetto, la teoria per esse è identica (2).

Fermato il principio non resta che vederne l'applicazione.

Or i diritti sono reali o di obbligazione. I reali sono—1.° la proprietà piena o semipiena per la enfiteusi—2.° la servitù reale o personale — 3.° il pegno e l'ipoteca.

La proprietà se è di cosa immobile, come di una casa, dà un diritto immobiliare, se è di cosa mobile come di un gioiello dà un diritto mobiliare (3).

La enfiteusi dà sempre un diritto immobiliare perchè versa sempre su'fondi (4).

La servitù reale dà sempre un diritto immobiliare perchè esiste soltanto sugl'immobili. La personale per contrario dà un diritto immobiliare quando si tratti di cosa stabile come l'usufrutto di un fondo, e dà un diritto mobiliare quando si tratti di cosa mobile, come l'usufrutto di un gregge (5).

Il pegno e l'ipoteca danno sempre un diritto mobiliare perchè costituiscono sempre un accessorio del credito, e debbono perciò assumere le qualità di esso (6).

In quanto poi ai pesi reali, come i livelli, i censi consegnativi ec., poichè versano sempre sopra immobili e il diritto è inerente agl'immobili, si à sempre un diritto immobiliare (7).

Non sono poi nè mobiliari nè immobiliari i diritti relativi allo stato

(1) Questa distinzione è anche importante per Codice Civile, e così son diverse le regole per la locazione secondochè si tratti di case o di fondi rustici, art. 1603 e 1614.

(2) Principio uniforme arg. art. 415 e 418.

(3) Teoria uniforme, art. 70, 90 e 93 Cod. proc. civile, 415 e 418 Cod. Civile.

(4) Teoria uniforme, art. 415.

(5) Teoria uniforme, art. 415.

(6) Teoria uniforme, art. 415.

(7) Oggi questi pesi sono scomparsi come reali dal Cod. civ. e perciò i diritti relativi a tali pesi, ad es. per le rendite, sono mobili, art. 418.

Digitized by Google

della persona, perchè non bisogna mai dimenticare che la qualità di mobiliari e d'immobiliari è propria de'beni, e co'beni non si può confondere la persona nè la qualità ch'essa riveste. Per la stessa ragione non è nè mobiliare nè immobiliare il diritto di eredità, perchè si riduce ad una rappresentanza del defunto nel patrimonio da lui lasciato ed è una qualità analoga allo stato delle persone (1).

I diritti di obbligazione se sono relativi a cose immobili, come ad esempio alla consegna di una casa, sono immobili; se invece sono relativi a cose mobili, come ad esempio al pagamento di un credito, alla consegna di un cavallo ec. sono mobili (2).

3. — Cose divisibili e indivisibili.

§ 280. La divisibilità o indivisibilità di una cosa è importante per molti rapporti giuridici, e specialmente per la comunione, per la divisione, e pe' contratti (3), e dev'essere chiaramente esposta trattandosi di teoria che si è ritenuta sempre difficile.

Una cosa può essere divisibile fisicamente; può esserla soltanto intellettualmente, e può non esser divisibile nè fisicamente, nè intellettualmente.

Divisibilità fisica.

§ 281. La cosa è divisibile fisicamente quando dallo stato di unità può esser portata allo stato di pluralità senza distruzione della sostanza, e senza considerevole diminuzione del valore (Fram. 26 § 2 *de legatis* 30, 1,). In altri termini la cosa è divisibile quando le parti possono formare un tutto dello stesso genere, ma di estensione più limita-

---

(1) Teoria uniforme arg. art. 81, 90, 93 e 94 n.° 1 Cod. proc. civile.

(2) Teoria uniforme, art. 418 Cod. Civ., 70 e 90 Cod. proc. civile.
Come conseguenza di tali principii il Codice aggiunge che le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria sono mobili quantunque alle medesime appartengano beni immobili, nel quale caso tali azioni o quote sono reputate mobili riguardo a ciascun socio e pel solo tempo in cui dura la società, art. 418. La ragione è che il solo ente sociale è il proprietario degl'immobili appartenenti alla società: i socii durante la società non hanno la comproprietà di tali beni ma solo un diritto *ad pecuniam*, un semplice credito in danaro verso la società in ragione della quota loro dovuta su'lucri sociali. Ma sciolta la società, cessa pure di esistere l'ente morale, cui apparteneva la proprietà degl'immobili, e quindi ciascun socio diventa proprietario indiviso de'medesimi in proporzione della rispettiva quota sociale.

(3) È importante anche per Codice Civile. Veggansi specialmente gli art. 683, 988 e 1202.

Digitized by Google

ta, apparendo in ogni parte staccati i caratteri dell'intero. E così un terreno può ben dividersi a metà tracciando una linea di confine, un drappo può ben dividersi mantenendo intatta la sostanza e senza scemarne il valore.

La divisione di una cosa sempre suppone in diritto la comunione precedente della cosa medesima fra più persone. Ma se la divisione segua in modo che ciascuno de'pezzi separati costituisca un intero, ma continui a sussistere la comunione esterna, sicchè i varii pezzi formino apparentemente un tutto più grande (come accade nella divisione de'terreni mediante tracciati di confinazioni, o nella divisione delle case per piani), la comunione apparente si suol chiamare *communio pro diviso*, per distinguerla dalla vera comunione che si chiama *communio pro indiviso*.

Divisibilità intellettuale.

§ 282. Quando una cosa non possa dividersi senza distruzione della sostanza (come ed esempio un cavallo) o senza considerevole diminuzione del valore (come ad esempio una pietra di brillanti) si ammette allora la divisione intellettuale, cioè la cosa non è divisa tra parecchi in parti esternamente separate, ma è divisa in quote, cioè in parti concepite idealmente. La cosa resta separata nel pensiero (*intellectu)*, e non realmente (*corpore*) Fr. 54 pr. *de verborum obligationibus* 45, 1. Fr. 29 *de solutionibus* 46, 3. Fr. 19 *de condictione indebiti* 12, 6. Ciascuno che vi abbia diritto può disporre della sua quota ideale, venderla, farne un legato ec., ma non può attentare alla parte fisica perchè urterebbe il diritto degli altri.

La divisione della cosa indivisibile fisicamente, e divisibile intellettualmente si fa mediante la vendita della cosa medesima e la distribuzione del prezzo. Finchè la vendita non si faccia e resti la cosa comune fisicamente e divisa intellettualmente, si à la *communio pro indiviso* perchè vera divisione non è avvenuta.

Indivisibilità fisica e intellettuale.

§ 283. Ma vi sono cose indivisibili e fisicamente e intellettualmente, e tale indivisibilità può accadere o per la natura stessa della cosa, o per legge, o per contratto.

Per natura sono assolutamente indivisibili— 1. le servitù prediali, benchè ammettano divisione nel tempo e nel modo — 2. il diritto di uso e di abitazione—3. alcuni fatti dedotti in obbligazioni, come ad esempio è quello — *per te non fieri quominus mihi agere liceat.*

Digitized by Google

Per legge, quando questa impone la comunione come per le cose che dividendosi cesserebbero di servire all'uso a cui sono destinate.

Per contratto, come quando si pattuisse *ne a societate abeatur* (Fr. 14 *pro socio* 17, 2).

Ci resta a fare un'ultima avvertenza ed è di non confondere la divisibilità con la divisione, la indivisibilità con la indivisione. È divisibile o indivisibile ciò che è o non è capace di divisione. La divisibilità è potenza, la divisione è attuazione della divisibilità (1).

4, 5 e 6. — Cose commerciabili e non commerciabili — fungibili e infungibili — consumabili e inconsumabili.

§ 284. Sono commerciabili le cose che possono formare oggetto di diritto a favore di un privato. Le altre non sono commerciabili. Così non sono commerciabili le cose comuni, pubbliche, della università, e le cose di diritto divino finchè duri l'uso a cui sono destinate: quali sieno codeste cose comuni ec. lo vedremo nella seconda divisione per rapporto alla capacità di diritto sulle cose.

Vi sono poi dei beni che ànno delle restrizioni per la loro commerciabilità, come pel fondo dotale, per l'eredità di persona vivente, pe'veleni ec. (2).

§ 285. Sono fungibili quelle cose che possono essere surrogate da altre, e che dovendo essere sempre indicate nella quantità, si dicono constare di peso, di numero, e di misura, come l'olio, il vino, il grano. Infungibili quelle che mantengono la loro individualità e non possono essere surrogate, e si chiamano corpi o specie, come il fondo tusculano.

Questo punto sarà bene schiarito parlando dell'oggetto negli atti giuridici.

Ma intanto qui si avverta che la fungibilità o infungibilità di una cosa è relativa e non assoluta; perchè dandosi una cosa fungibile da uno ad altro si potrebbe fare il patto per la restituzione dell' identica cosa, come accade quando si danno delle cose *ad pompam*. In

---

(1) Per Codice Civile la teoria è uniforme, argom. art. 644, 671, 672, 683, 988 e 1202.

(2) Teoria identica. Non sono commerciabili le cose comuni, demaniali, e di uso pubblico provinciale o comunale, e le cose sacre ossia consacrate al culto divino finchè mantengono l'uso cui sono destinate, art. 690, 430, 432, 1116, 2113. Ne parleremo nella seguente divisione delle cose per rapporto alla capacità giuridica.

Vi sono anche restrizioni pel fondo dotale, art. 1404, per l'eredità di persona vivente, art. 1460, pei veleni, art. 1116 congiunto alla legge sulla pubblica sanità.

Digitized by Google

tal caso la cosa fungibile verrebbe dalle parti ad esser considerata come infungibile (1).

Sono consumabili quelle cose che non si possono usare senza consumarle, come l'olio, il vino, il grano. Inconsumabili quelle che si possono usare senza consumarle, come il cavallo, la casa.

La differenza principale tra le cose fungibili e infungibili da una parte, e le cose consumabili e inconsumabili dall'altra è che vi sono delle cose fungibili, quelle cioè che constano di peso, numero e misura, le quali non si consumano. Tale sarebbe ad esempio il danaro, il quale certamente si numera e perciò rientra tra le cose fungibili, ma non si consuma (2).

7. — Cose semplici e composte.

§ 286. Sono semplici le cose che formano un tutto organico, come ad esempio un cavallo. Sono composte. 1 — quelle che formano un tutto meccanico, come una nave, una casa — 2 o un tutto ideale, il quale allora si chiama universalità (*universitas facti*) come una biblioteca, un gregge — 3 o un complesso di diritti patrimoniali il quale pure si chiama universalità (*universitas juris*) e di cui si noverano tre specie, cioè l'eredità, la dote, e il peculio (3).

8. — Cose principali ed accessorie.

§ 287. Le cose principali ed accessorie suppongono la unione di due cose l'una delle quali assorbe e domina l'altra. Quella che assorbe e domina è principale, l'altra che è assorbita e dominata è accessoria (4).

Il punto sarà bene schiarito nella materia delle accessioni.

Sono accessorie — 1. le accessioni e le pertinenze di cui parleremo nella teoria della proprietà — 2. le cauzioni di cui parleremo ne' contratti — 3. le spese o migliorie — 4. i frutti.

Dobbiamo ora dare idea di queste due ultime cose accessorie.

---

(1) Teoria identica. Infungibili sono la cosa particolare, il corpo determinato, la cosa certa e determinata, di cui negli art. 841, 1205 n.° 1, 1266, 1247, 1248, 1249, 1298. Sarà bene schiarita l'idea quando parleremo dell'oggetto negli atti giuridici.

(2) Teoria identica, argomento art. 483, 484.

(3) Teoria identica argomento art. 513, 693, 694, 925, 1027, 1388, 228. Ma oggi tra le universalità di diritto non si comprende il peculio. Alcuni scrittori non vorrebbero comprendervi neanche la dote.

(4) Teoria identica, art. 465, 443, 1878, 1898, 1964 Codice civile.

Digitized by Google

Spese o migliorie.

§ 288. Le spese o migliorie si distinguono in necessarie, utili, e voluttuarie.

Necessarie sono quelle senza le quali la cosa perirebbe o si renderebbe deteriore, come la rifazione di un muro cadente in una casa. Utili sono quelle per le quali si aumenta il valore della cosa, come la piantagione di un oliveto, di un vigneto in un fondo. Voluttuarie, ossia di lusso, quelle per le quali la cosa si rende più dilettevole, come i pesci dorati in una peschiera che abbella un giardino (1).

Frutti.

§ 289. Frutto è ciò che la cosa produce o si percepisce per occasione di essa: si distingue in naturale, industriale, e civile. Naturale è quello che la cosa produce per mero benefizio di natura e senza industria dell'uomo, come le uova, le legna, il latte. Industriale è tutto ciò che la cosa produce con l'industria dell'uomo, come il grano, il vino. Civile è ciò che abbiamo per occasione della cosa e per beneficio di legge, come le pigioni di casa, gli interessi sul mutuo.

I frutti poi si dicono.

1. Pendenti quando sono ancora inerenti alla cosa da cui provvengono come l'uva nelle viti.

2. Percepiti quando sono già separati e presi con la intenzione di averli come proprii, ad esempio gli aranci staccati dagli alberi e riposti al magazzeno.

3. Percipiendi quando avrebbero potuto percepirsi; e non sono stati percetti, come ad esempio un terreno lasciato incolto, o anche coltivato senza che siasi fatta poi la raccolta.

I percepiti poi si distinguono in esistenti e consumati, secondochè esistano o no presso il possessore della cosa fruttifera (2).

9. Cose mancipi e non mancipi.

§ 290. Le cose mancipi (*res mancipi*) erano le cose più preziose per le quali il dominio dall'uno all'altro non passava col consenso

(1) Teoria identica, argomento art. 450, 495, 704, 705, 706, 1150, 1490, 1892 Codice civile.

(2) Teoria identica — art. ed arg. art. 444 Cod. civ. 606 Cod. proc. civile.

Digitized by Google

e con la tradizione, ma era necessaria la mancipazione cioè la vendita con la solennità per *aes et libram*, la quale solennità riducevasi a vendere con la bilancia e con un pezzo di metallo (antica traccia dei tempi in cui il metallo si pesava), con l'intervento di un *libripens* e di cinque testimoni puberi e maschi. Si avea con ciò un simbolo di vendita fatta sotto la testimonianza del popolo romano. Le cose mancipi che potevano alienarsi soltanto con tale solennità erano — 1. i fondi d'Italia—2, le servitù dei predii rustici, perchè erano più preziose di quelle su' fondi urbani—3. i servi—4. i quadrupedi che si domano col collo o col dorso—5. l'eredità—6. i figli — 7. le margarite. La ragione per la quale nell'alienazione di tali cose si ricercava quella solennità era probabilmente per dar forza alla proprietà, e perchè fosse più difficile e scolpita l' alienazione. Alcuni invece sostengono che la divisione di cose mancipi e non mancipi si ripete da che quelle, e non queste, erano registrate nelle liste censuarie, e riuscendone incomoda l'alienazione, perchè la si rendeva efficace mediante la iscrizione in quelle liste in ogni cinque anni, vi si trovò un surrogato con la mancipazione. Comechè ciò sia , la distinzione di cose mancipi e non mancipi fu tolta da Giustiniano, perchè al suo tempo già era andata in disuso la mancipazione (1).

Capacità di diritto sulle cose.

§ 291. Sotto tale rapporto le cose o sono nel patrimonio privato di una persona fisica o giuridica che sia , o sono fuori il patrimonio privato. Quelle che sono fuori il patrimonio privato si distinguono in cose comuni, pubbliche, delle università, e di nessuno; e queste ultime sono quelle che non hanno padrone benchè per loro natura potessero averlo (*res nullius*) e le cose divine (*res divini juris*) le quali si distinguono in sacre, religiose e sante (2).

§ 292. A bene intendere le cose che sono fuori il patrimonio privato di alcuno, convien ricordare che gli stoici, i quali eran seguiti dai Giureconsulti Romani, distinguevano tre repubbliche, una uni-

(1) Non è ritenuta questa divisione.

(2) Può oggi ben ritenersi la divisione delle cose in quelle che sono nel patrimonio privato e in quelle che sono fuori il patrimonio privato. Queste ultime vanno distinte in comuni rispondenti alle comuni del diritto Romano, demaniali rispondenti alle pubbliche del diritto Romano , di uso pubblico rispondenti alle cose della università e alle cose divine del diritto Romano, di nessuno rispondenti alle cose che non aveano padrone e che avrebbero potuto averlo del diritto Romano. Tutto sarà rischiarato con le seguenti note.

Digitized by Google

versale comprendente tutto il genere umano, un'altra minore comprendente ciascuna nazione — una terza minima comprendente ciascuna università—In realtà vi è una fratellanza prima e più lata nella umanità intera—ve n'è una altra più sentita e con maggiori rapporti tra i componenti di una stessa nazione—ve n'è altra molto più intima con rapporti più stretti tra i componenti di una università come ad esempio tra i componenti di un comune (1).

Ora i beni che sono proprii di tutta la umanità si chiamano cose comuni: quelli che sono proprii di tutta la nazione si chiamano cose pubbliche : quelli che sono proprii di tutta una università si chiamano cose della università—tali cose comuni, pubbliche, e di università non appartengono singolarmente ad alcun privato, ma sulle cose comuni vi è diritto all' uso da parte di tutti gli uomini, sulle cose pubbliche v' è diritto all' uso da parte di tutti i componenti la nazione, sulle cose della università v' è diritto all' uso da parte di tutti i componenti la università (2).

§ 293. Vediamo ora in che principalmente consistono le cose che rientrano in ciascuna di tali tre categorie.

Comuni essendo quelle cose il cui uso è concesso a tutti gli uomini , i Giureconsulti comprendevano in questa categoria l' aria , l' acqua fluente, e il mare, e per considerazione di questo anche il lido del mare. La ragione per la quale tali cose son comuni non è già tanto il bisogno che tutti sentono di esse, quanto è che impossibile riesce voler ridurre quelle cose alla proprietà pubblica o privata che sia — Come poter apprendere la proprietà dell' aria nella sua incommensurabile estensione ? Ma la colonna d'aria che si rattrova in linea perpendicolare sopra un fondo è oggetto di privato dominio nel senso che nessun altro può occupare quello spazio aereo con una parte del suo edifizio, ad esempio con uno sporto—Anche il mare è insoggiogabile—L'acqua fluente mentre passa può entrare siccome entra nell' uso pubblico o privato, ma è di necessità naturale lo scarico. L' acqua fluente è fatta dalla natura per servire ai

(1) La distinzione degli Stoici si può anche oggi ritenere perchè le disposizioni di Legge rendono più intimi i rapporti dei componenti i comuni e le provincie , meno intimi quelli dei componenti la nazione, ancor meno quelli degli stranieri coi cittadini.

(2) I beni che sono di uso della intera umanità si chiamano comuni e non appartengono ad alcuno. Quelli che sono di uso di tutta la nazione chiamansi demaniali ed appartengono allo Stato. Quelli che sono di uso di tutta una università si chiamano beni di uso pubblico delle provincie e dei comuni e appartengono ad essi. art. 426 e 432.

Digitized by Google

bisogni di tutti e per passare di nazione in nazione e gettarsi al mare, e sarebbe impossibile rattenerla (1).

Pubbliche essendo quelle cose il cui uso è concesso a tutti i componenti della nazione, i Giureconsulti vi compresero specialmente le strade militari e consolari, i fiumi e il diritto di pescare in essi ecc. Qui non si tratta di sola considerazione di acqua fluente, ma si tratta dell'uso dell'acqua fluente mentre passa pel territorio nazionale e del diritto alla pesca. L'uso nel fiume è però moderato e regolato dalla legge affinchè risponda ai bisogni nazionali (2).

Della università essendo quelle cose, il cui uso è concesso a tutti i componenti della università, vi vanno comprese le piazze, le strade fatte per comodità delle Città ec. (3)

§ 294. Intanto di quelle tre repubbliche ideate dagli stoici, la prima non poteva avere beni privati, e potevano averne le altre due — È impossibile che la umanità tutta quanta potesse avere beni particolari. Ma la nazione può avere beni privati come fondi, palazzi ec. ed erano ai tempi romani costituiti specialmente dai fondi tolti a' nemici (*ager publicus*) i quali beni sotto gl' Imperatori furono assorbiti da essi. — Anche beni privati possono avere le università, e tali beni si chiamavano *patrimonium universitatis* per distinguerli da' beni ch'erano di uso comune a tutta la università (*res universitatum*) (4).

Perlochè non erano de' privati le cose comuni, il cui uso è di tutti gli uomini, le cose pubbliche il cui uso è di tutti i componenti la nazione, le cose della università il cui uso è di tutti i componenti la cittadinanza in cui sono situati.

---

(1) Anche oggi, l'aria, l'acqua fluente, e il mare sono cose comuni, e il Codice Civile non se ne occupa. Il lido del mare è passato tra le cose demaniali le quali rispondono alle pubbliche del diritto Romano. art. 427. Per comune consenso lo Stato à pure come bene demaniale la proprietà del mare fin dove lo può difendere, cioè fino ad un tiro di cannone: di là dal tiro il mare si ritiene come cosa comune. Ritoccheremo quest' argomento nella teoria delle acque.

(2) Le cose pubbliche hanno riscontro a'beni demaniali del Codice Civile, il quale vi novera non solo le cose destinate agli usi pubblici quali le strade nazionali, i fiumi ec. art. 427, ma anche le cose che servono alla difesa comune e che i Romani mettevano tra le cose sante, art. 429.

Per le strade terremo discorso nelle servitù imposte per utilità pubblica, e per i fiumi nella teoria delle acque.

(3) Le cose della università rispondono a'beni di uso pubblico della provincia e dei comuni. art. 432.

(4) Per codice civile lo Stato, le provincie e i comuni possono anche avere beni patrimoniali. art. 426, 429, 432.

Digitized by Google

Nè erano de' privati le cose *nullius*, le cose di nessuuo, le quali si distinguevano in cose senza padrone benchè avessero potuto averlo, e in cose divine.

§ 295. Le cose senza padrone e che possono averlo sono o quelle che per natura non si trovano sotto il dominio di alcuno, come gli uccelli, i pesci; o quelle che erano sotto il dominio di uno che le à voluto abbandonare, come quando alcuno gittasse un cesto in un viaggio per non portare impacci con se (1).

§ 296. Le cose divine poi si distinguevano in sacre, religiose e sante.

I Rcmani credevano a tre specie di deità, cioè agli Dei del Cielo (*diis superis*), agli Dei dello inferno (*diis manibus*), agli Dei della terra (*diis medioxumis*).

Or le cose sacre erano consacrate agli Dei di su, le cose religiose erano dedicate agli Dei di giù, le cose sante agli Dei di mezzo.

Le cose sacre erano quelle consacrate agli Dei del Cielo dal Pontefice Massimo, o dall' Imperatore come Pontefice Massimo. Tali erano precipuamente i Tempii—Codeste cose restavano inalienabili e imprescrittibili finchè non fossero state sconsacrate, o pure non fossero state prese dai nemici, nel quale ultimo caso si credeva che gli Dei fossero fuggiti.

Le cose religiose erano i sepolcri, nei quali fosse stato trasportato il defunto, o vi riposasse almeno nella parte principale qual'era la testa. Il rispetto alla memoria dei trapassati facea credere ai Romani che la religione occupasse il luogo ove i defunti stavano. Onde tali luoghi erano pure inalienabili e imprescrittibili, ma era in commercio il diritto di riporvi altri morti.

Le cose sante finalmente erano le cose di difesa nazionale o cittadina, come gli steccati degli accampamenti, i bastioni delle fortezze, le mura e le porte della Città, le quali cose non potevano essere toccate nè violentemente trapassate. Tale santità era impressa sempre nell' intento di contribuire alla forza nazionale mettendo per essa in movimento anche la coscienza.

Erano pure santi anzi sacrosanti i Tribuni della plebe, e poi gl' Imperatori, per la inviolabilità della loro persona (2).

---

(1) Teoria identica. art, 711, 712.

(2) Oggi v' ànno le cose sacre, come le Chiese, i vasi, già consacrati, e v'ànno pure le cose religiose tra le quali rientrano i sepolcri. V' á del pari la persona del Re sacra ed inviolabile.

Sicchè abbiamo cose che rispondono alle sacre dei Romani, cioè i Tempii e le altre cose consacrate; abbiamo cose che rispondono alle religiose dei Romani, cioè i sepolcri, ed abbiamo nel Re una persona sacra ed inviolable.

Digitized by Google

In breve i Romani per le cose divine aveano principalmente in riguardo i Tempii, i sepolcri, e le fortificazioni, e tali cose erano inalienabili per la consacrazione o dedica fatta alla Divinità, cioè i Tempii agli Dei di su (*diis superis*), i sepolcri agli Dei di giù (*diis manibus*), le fortificazioni agli Dei di mezzo (*diis medioxumis* (1).

FATTI GIURIDICI

§. 297. — Ad intendere la teoria de' fatti giuridici dobbiamo tornar col pensiero alle idee da noi già svolte a proposito della scienza giuridica, e de' rapporti di diritto, di cui abbiam tenuto parola nei § 4 e seguenti.

Tutte le scienze si riducono a cognizione di rapporti, alla *cognitio per caussas* come gli antichi dicevano, cioè alla cognizione delle cause efficienti, delle ragioni determinanti. E se la scienza giuridica à per obbietto il diritto, essa versa sulla cognizione de' rapporti di diritto.

Ma codesti rapporti sono di doppio ordine. L'uno è di quelli creati dalla legge, l'altro è di quelli creati dall'uomo.

La Legge consiste in una grande massa di rapporti di diritto fatti in via d'ipotesi e di norma. E così nella Legge si regolano i rapporti coniugali, di paternità maternità e filiazione, di proprietà, di servitù, di successione, di obbligazione ecc.

Le cose sacre cioè i Tempii e le altre cose consacrate, e le cose religiose cioé i sepolcri Comunali sono pure inalienabili e imprescrittibili, ma lo sono per principio diverso, val dire non per la consacrazione o per la religione, ma per l'uso pubblico a cui son destinate. Cessato che sia codesto uso pubblico per le Chiese e per le altre cose consacrate e pe' sepolcri, i beni tornano ad essere alienabili e prescrittibili. Si avverta però che tanto le Chiese, quanto i sepolcri per essere inalienabili e imprescrittibili, debbono essere destinati all'uso pubblico, per lo che le Cappelle private e un sepolcro privato sono alienabili e prescrittibili.

In altri termini tali cose sacre e religiose di uso pubblico ammettono una proprietà, e così la Chiesa sarà dell'istituto ecclesiastico, il sepolcro comunale sarà del Comune, ma durante la destinazione per uso pubblico sono fuori commercio come cose di uso pubblico, art. 2, 432, 690, 1116, 2114.

In quanto poi alle cose sante de' Romani abbiamo nel Re la persona sacra ed inviolabile art. 4 statuto Costituzionale, e vediamo che le cose di difesa nazionale sono state dal Codice Civile trasportate tra quelle di Demanio pubblico, di cui abbiamo parlato d' innanzi e che corrispondono alle cose pubbliche del Diritto Romano, art. 426, 427.

(1) Oggi vi sono pure Tempii, sepolcri, e fortificazioni e sono pure inalienabili e la inalienabilità non deriva dalla consacrazione o dedica alla Divinità, ma invece dall' uso pubblico cui quelle cose son destinate. Veggansi le note precedenti.

Digitized by Google

L'uomo mediante il contatto col mondo esteriore si mette in rapporto con una cosa o con altro uomo e trova nella legge la norma de' suoi diritti e de' suoi doveri.

Rapporti di diritto son quelli designati dalla legge, e rapporti di diritto sono gli altri dall'uomo determinati.

Hanno tali due rapporti il punto di convergenza e di unione, ed ànno quello di divergenza e di distacco.

Per conoscere il nesso che passa tra que' rapporti, e la distinzione tra essi, fa d'uopo ricordare che qualunque rapporto di diritto (sia creato dalla legge o dall'uomo) consta di due elementi, cioè 1 della relazione fra due o più termini, 2 della idea di diritto che stringe codesti termini. Sono cose già da noi spiegate a' § 4 e seguenti.

Il nesso tra i rapporti di diritto creati dalla legge e quelli creati dall' uomo sta in ciò che per questi ultimi la idea di diritto che stringe i termini è tolta dai primi. Spieghiamoci con un esempio— uno studente entra in una libreria e compra un libro, un cavallerizzo va in fiera e compra un cavallo. Tra lo studente e il libraio, tra il cavallerizzo e il padrone del cavallo sorge un rapporto di diritto, cioè essi ànno de' diritti e de' doveri vicendevoli. Ma per conoscere quali sono tali diritti e doveri, non v'è altro mezzo che legger nel Codice e trovarvi i rapporti di diritto stabiliti per la compravendita. Ecco come la idea di diritto che stringe i termini in un rapporto di diritto creato dall'uomo è tolta dalla idea di diritto che stringe i termini in un rapporto di diritto creato dalla legge, ed ecco il nesso indivisibile che passa tra le due specie di rapporti.

Ma tra gli uni rapporti e gli altri, cioè tra quelli creati dalla legge e quelli creati dall'uomo v'è distacco per due rispetti, cioè 1. perchè quelli creati dalla legge sono norme direttive, ipotesi, lettera morta; mentre quelli creati dall'uomo si manifestano con viva luce e si applicano con fisica realtà nel gran teatro della vita sociale — 2. perchè i rapporti creati dalla legge sono molto estesi e formano un sistema compiuto, mentre quelli creati dall' uomo son rimpiccioliti e determinati dalla specie.

Or non è possibile che l'uomo possa creare un rapporto di diritto senza un fatto giuridico, il quale consiste sempre nel contatto ch' egli à col mondo esteriore.

Ecco come apparisce in diritto la teoria de' fatti giuridici.

Senza di questi, non possono sorgere i rapporti di diritto nella vita reale tra gli uomini. Cosicchè i fatti giuridici sono la causa di tali rapporti.

Che se meglio ancora vogliam vedere il legame che passa tra il

Digitized by Google

fatto giuridico, il rapporto di diritto creato dall' uomo, e quello creato dalla legge, ci basterà avvertire che de' due elementi onde è costituito il rapporto di diritto creato dall' uomo, cioè la relazione fra due o più termini e l' idea di diritto che li connette, il primo elemento cioè la relazione è costituito precisamente dal fatto giuridico, e il secondo cioè l'idea di diritto è tolto, come abbiam detto innanzi, dal rapporto di diritto creato dalla legge

§ 298. Esaminatasi così la natura del fatto giuridico, e il posto che tiene nella scienza del diritto, dobbiamo avvertire che il fatto giuridico accompagna sempre il diritto, e sia che questo sorga, sia che manchi, sia che si modifichi, sempre ciò accade per la forza del fatto medesimo.

Soffermiamoci per poco all'acquisto, allà modificazione, e alla perdita de' diritti, e si vedrà che la spinta viene sempre dal fatto giuridico.

Si à l'acquisto quando una persona fa suo un diritto. In due maniere si può acquistare un diritto; cioè direttamente, ovvero succedendo al diritto di un altro, ma sia l'uno o l'altro modo è sempre necessario un fatto. L' acquisto diretto si à quando il fatto di una persona produce un diritto a suo vantaggio senza dipendere da relazioni con altri, e così ad esempio è l' occupazione. L'acquisto per successione si á quando il fatto che dà luogo al diritto costituisce un rapporto connesso con altro rapporto di diritto precedente, e così ad esempio la compra di un palazzo costituisce un rapporto di diritto che si connette al rapporto precedente che avea sulla cosa il proprietario venditore. Per esservi *successione ne' diritti altrui* son necessarie due condizioni, cioè — 1. che vi sia un fatto che dia luogo ad un rapporto di diritto, il quale tocchi un altro rapporto che prima esisteva — 2. e che il rapporto posteriore cambii al primiero il solo soggetto. Una delle due condizioni che manchi non vi sarà più *successione ne' diritti altrui.*

Del rimanente l'acquisto per successione ne' diritti altrui, può essere a titolo universale come per l' eredità, ed a titolo particolare come per la compravendita ec.

Tutto ciò è per l'acquisto.

La modificazione del diritto può avvenire o pel soggetto o per l' oggetto. Pel soggetto come per un' alienazione. Per l' oggetto quante volte sia questo in qualche modo variato, come per la quantità, qualità ec.

La perdita finalmente si verifica quando si estingue il diritto in colui che lo à. È assoluta se perisce lo stesso obbietto come per una casa che andasse in fiamme: è relativa se il diritto si perde dal titolare e si acquisti da altri.

Digitized by Google

Intorno all'acquisto, alla modificazione, e alla perdita de' diritti à anche una influenza il tempo, la cui teoria sarà esposta negl'istituti che faranno seguito a' fatti giuridici (veggasi ciò che si dirà del tempo al § 305).

§ 299. I fatti giuridici sono positivi o negativi, leciti o illeciti. Poco è a dire per la prima distinzione, perciocchè è chiaro che positivi son quelli pe' quali si fa qualche cosa come ad esempio la occupazione, negativi son gli altri pe' quali qualche cosa non si fa come ad esempio il non usare di una servitù.

In quanto poi alla seconda distinzione di fatti leciti ed illeciti, innanzi tutto è a ritenere in generale che è lecito l'atto che si fa *jure* anche quando riesca di danno ad altri, onde la massima, *nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere jus non habet*; e che è illecito ciò che si fa senza diritto e che lede i diritti altrui.

Il fatto è illecito quando, 1. rechi danno ad altri — 2. non vi sia diritto ad arrecarlo — 3. sia imputabile all'agente — 4. accada per dolo o per colpa. Se vi sarà dolo, l'atto prende il nome di delitto; di quasi delitto, se vi sará colpa. La teoria del dolo e della colpa verrà esposta qui di seguito. (Vedi quanto si dirà pel dolo, e per la colpa a' § 307 e 309). Pe' delitti e quasi delitti si parlerà a proprio luogo, cioè nella materia contrattuale.

Il fatto può essere illecito in se stesso come quando alcuno dia ad altri un colpo di coltello, ovvero può essere illecito a causa di un rapporto obbligatorio come ad esempio il ritardo alla consegna di una cosa.

Effetto comune per gli atti illeciti è il risarcimento del danno.

§ 300. Intanto bisogna conoscere da che risulta il fatto giuridico, cioè da quali fonti possa esso provvenire.

Ogni fatto giuridico promana — 1. o dagli atti liberi di persone interessate — 2. o da circostanze accidentali.

Si capisce ciò che è l'atto libero di persona interessata, e sarà d'altronde minutamente svolto ne'suoi elementi ora che parleremo dell'atto giuridico. Ma le circostanze accidentali che possono dar luogo ad un rapporto di diritto e che costituiscono un fatto giuridico, dipendono o dal caso, ovverò dal fatto di un terzo, perchè la volontà del terzo è accidentalità per colui il quale contro la volontà propria si vede costituito in un rapporto di diritto. E così, se alcuno fabbrichi sul suolo altrui, il proprietario del suolo si rende padrone del fabbricato per la regola *quod solo inaedificatur solo cedit*—onde si avrebbe un rapporto tra il proprietario del suolo e la fabbrica fattavi non per atto suo libero, ma per fatto di un terzo, cioè per l'accidentalità che il terzo vi abbia fabbricato. Per altro la vera acciden-

Digitized by Google

talità consiste nel caso, il quale non solo può far acquistare de'diritti come per un tesoro che alcuno trovasse, ma può modificarli e farli perdere, e così un fulmine che rovini in parte o che incenerisca tutto un palazzo. La teoria del caso sarà esposta negl'istituti che faranno seguito a'fatti giuridici (Veggasi ciò che si dirà del caso al § 310).

Talora però si ammette come un fatto, ciò che tale non è, e che si considera come un fatto per una finzione di diritto. *Fictiones juris sunt sanctiones legum, quibus contrarium ejus ponitur quod in veritate extat.* La legge ne fa parecchie per mitigare il rigore del diritto, o per estenderne l'applicazione, e così la finzione di diritto per la rappresentazione è diretta appunto a mitigare il rigore del diritto, e la finzione delle persone giuridiche è diretta ad estendere l'applicazione della legge oltre le persone individuali. Per tali finzioni è regola che non ànno valore se non nella sola materia e negli stretti limiti designati dalla legge.

§ 301. Abbiamo detto nel paragrafo precedente che il fatto giuridico promana — 1. o dagli atti liberi di persona interessata — 2. o da circostanze accidentali; ed abbiamo distinto nel § 299 i fatti leciti dagl'illeciti.

Or quando il fatto giuridico è lecito, e risulti dall'atto libero di persona interessata, prende il nome di *atto giuridico*, perchè parte da agenti liberi.

L'atto giuridico deve riunire quattro requisiti, cioè — 1. capacità di agire — 2. volontà libera e intelligente — 3. oggetto possibile e lecito — 4. manifestazione della volontà ne'modi di legge.

La capacità dev'esservi per l'atto determinato che si fa, benchè per altri atti l'agente fosse incapace, come ad esempio l'emancipato può fare atti giuridici di amministrazione, ma non può farli di alienazione.

La volontà libera e intelligente si à soltanto allora che la libertà non sia coatta con la violenza, e la intelligenza non sia viziata dalla ignoranza o dall'errore, sia questo o non sia cagionato dal dolo altrui. In altri termini le facoltà mentali della intelligenza e della volontà non debbono avere il menomo ostacolo negli atti giuridici, i quali perdono la loro efficacia quando sianvi ignoranza, errore, dolo, o violenza, perchè l'ignoranza, l'errore e il dolo viziano la intelligenza, e la violenza toglie alla volontà la dote indispensabile della libertà. Tutto ciò sarà diffusamente rischiarato dopo aver discorso degli atti giuridici (Veggasi ciò che si dirà dell'ignoranza, dell'errore, del dolo, e della violenza a' § 306, 307, e 308).

L'oggetto dev'esser possibile, si consegua poi o no a nulla rileva,

Digitized by Google

e così sarebbe la vendita di un ricolto futuro che può mancare per siccità o grandine; e dev'essere lecito cioè non deve opporsi alla legge, all'ordine pubblico, e a'buoni costumi. Del rimanente l'oggetto può consistere in un genere, in una specie, in un individuo, in una quantità, o in un fatto sopra di che terremo parola tra gl' istituti che seguono gli atti giuridici (Veggasi ciò che si dirà del genere, della specie, dell'individuo, della quantità, e del fatto al § 311).

Rimane a parlare della manifestazione della volontà. In generale questa si può appalesare in qualunque modo, con lo scritto, a parole, per cenni, ed alcune volte anche col silenzio e specialmente in presenza di un fatto che interessi la persona che tace. (Veggasi la teoria del silenzio in fine degli atti giuridici al § 312). Onde la manifestazione della volontà si distingue in espressa e tacita. V'è pure la volontà presunta, la quale si ritiene dalla legge quando la manifestazione della volontà manca, sia espressamente che tacitamente e la volontà si trae da ragioni di utilità o di equità, come accade in generale pe'quasi contratti, discorrendo de' quali noi ne parleremo.

Ma il principio della libertà nella manifestazione della volontà à gravi eccezioni per riguardo alla forma imposta per alcuni atti, cioè per la figura esteriore di essi. V'ànno atti pe' quali si richiede una forma solenne, con l'intervento dell'uffiziale pubblico che v'imprime la fede, v'ànno altri pe'quali si richiede lo scritto. Le forme impo-ste debbono senz'altro osservarsi. Però, per alcuni atti le forme son richieste come condizione essenziale (*sollemnitatis caussa*), e per altri atti le forme son dettate come mezzo di prova (*probationis caussa*). Nel primo caso mancando la forma, l'atto è nullo: nel secondo, l'atto non è nullo, ma i mezzi di prova son limitati. Ne parleremo di proposito nella materia probatoria.

§ 302. Riguardo poi al contenuto degli atti giuridici, v' ànno elementi essenziali, naturali, e accidentali. Sono essenziali quelli senza de' quali gli atti o non esistono, ovvero mutano carattere, e così mancando il consenso non v' è contratto, mancando il prezzo non v' è vendita. Sono naturali quegli elementi che si considerano tacitamente voluti dalle parti perchè inerenti all' atto da esse formato, ma che le parti possono espressamente togliere; tal' è la garenzia per evizione nella vendita. Sono accidentali quegli elementi che non tengono nè alla essenza, nè alla natura dell' atto, ma che possono le parti aggiungervi a loro piacere, e tali principalmente sono la condizione, il termine, e il modo (veggasi quanto sarà detto per la condizione, pel termine e pel modo a' § 313, a 318) È regola che negli atti giuridici si presumono sempre gli elementi naturali, e non si presumono gli accidentali.

Digitized by Google

§ 303. L'atto giuridico può esser fatto direttamente o per mezzo di rappresentanti, e, dopo che è stato perfezionato, può essere efficace o inefficace, e mantenere la sua efficacia anche quando fosse intervenuta simulazione. Sono punti codesti che vanno sviluppati in singoli istituti quì di seguito (veggasi quanto si dirà per la rappresentanza al § 319, per la inefficacia degli atti giuridici al § 312, e per la simulazione al § 321.)

§ 304. Costituito il rapporto di diritto mediante il fatto o l'atto giuridico, sorge il diritto, il quale è reale o di obbligazione (Veggasi quanto si dirà per i diritti reali e di obbligazione al § 322.)

Codesta è la tela de' fatti giuridici, e che forma un quadro generale della materia. Ma questa deve essere sviluppata ne' singoli istituti che vi ànno riscontro, ciò che noi faremo esponendo le seguenti teorie.

1. Tempo, di cui si è fatto cenno al § 298.
2. Ignoranza, di cui al § 301.
3. Dolo, di cui al § 299.
4. Violenza, di cui al § 301.
5. Colpa, di cui al § 299.
6. Caso, di cui al § 300.
7. Genere, specie, individuo, quantità, fatti, di cui al § 301.
8. Silenzio, di cui al § 301.
9. Condizione, di cui al § 302.
10. Termine, di cui al § 302.
11. Modo, di cui al § 302.
12. Rappresentanza negli atti giuridici, di cui al § 303.
13. Inefficacia degli atti giuridici, di cui al § 303.
14. Simulazione, di cui al § 303.
15. Diritti reali, e diritti di obbligazione, di cui al § 304.

Tempo.

§ 305. Il tempo non è più che una relazione, e il diritto è immutabile. Ciò non ostante il tempo esercita sul diritto una grave influenza, principalmente perchè — 1. il diritto può dipendere dalla durata di uno stato di cose, onde la prescrizione acquisitiva ed estintiva che forma un importante istituto di cui parleremo a proprio luogo (1) — 2. il diritto può alcune volte aver principio o fine da un tempo determinato, onde il termine primordiale e finale, di cui parleremo nella teoria del termine (2) — 3. il diritto può esser limitato

(1) Teoria uniforme, art. 2105 e seg.
(2) Teoria uniforme art. 1172.

Digitized by Google

pel suo esercizio dalla legge, dal Giudice, o dalle parti entro un dato tempo, e così il limite imposto ad alcune azioni entro un dato termine, il termine che si assegna per l'accettazione o rinunzia ad una eredità, il termine per la ricompra ec. (1) — In questa teoria generale noi dobbiam vedere soltanto come si divida e come si computi il tempo.

La divisione del tempo è a periodi di anni, mesi, giorni, ed ore.

Tali periodi si distinguono in civili e mobili, secondochè vengano calcolati a norma del calendario il quale dicesi civile perchè serve agli usi civili, ovvero a norma de'contratti ne'quali si à una mutazione nel principio e nella fine de' periodi medesimi.

Or i periodi civili son calcolati per l'anno dal 1 Gennaio al 31 Dicembre, pel mese dal primo all'ultimo giorno di ciascun mese, pe'giorni da una mezza notte all'altra: per l'ora il periodo è la vigesima quarta parte di un giorno.

I periodi mobili son quelli fissati per contratti nella medesima estensione e denominazione de' periodi civili, ma con principio e fine mutevoli, onde si à l'anno naturale di 365 giorni che comincia a decorrere dal giorno del contratto o da quello stabilito da'contraenti, si à il giorno semplice che à 24 ore ma non si calcola dalla mezzanotte all'altra. Si distingue pure il giorno naturale che è lo spazio dal levare al tramontar del sole, dalla notte naturale che viceversa è dal tramontare al levare del sole. (2)

Tutto ciò è per la divisione del tempo.

Quanto poi alla computazione, questa si distingue in naturale e civile.

È naturale quella che si calcola a *momento in momentum*. Così se alcuno ad esempio è nato alle 10 a. m. di un determinato giorno, avrà realmente raggiunto i quattordici, i ventuno, i venticinque anni, ecc. quando sarà alle 10 a. m. del giorno che compie uno di tali periodi. Ma codesta computazione rigorosa era ammessa da' Romani soltanto alcuna volta e in via eccezionale.

In via ordinaria la computazione era civile, cioè la si faceva a giorni, *ad dies*, perchè con molta difficoltà si potrebbero computare le più piccole frazioni di tempo, onde si tenea calcolo de'giorni interi.

Fissato questo principio, si stabilirono regole determinate pel gior-

(1) Teoria uniforme art. 166, 1505, 1531, 951, 1516.

(2) Per diritto civile odierno la teoria è uniforme, e si distinguono non solo le ore, i giorni, i mesi, e l'anno, ma anche i giorni festivi, i giorni e le notti naturali, le settimane, e le stagioni, art. 624 e 2133 Cod. Civile, 42 Cod. proc. civile, e 248 Codice di Commercio.

Digitized by Google

no in cui comincia il periodo (*novissimus dies*), e pel giorno in cui il periodo finisce (*postremus dies*).

Il giorno in cui comincia il periodo non si calcola perchè n'è trascorsa una parte, e il calcolo invece va fatto dal giorno appresso. E così per chi è nato alle 10 a. m., il calcolo si fa dalla mezza notte seguente quando comincia il nuovo giorno civile; e così del pari un termine di quindici giorni si calcola dal giorno seguente a quello in cui si è dato ordine, si è fatta notifica ec. Onde la massima—*dies a quo non computatur in termino* (1).

Pel giorno poi in cui il periodo finisce, i Romani distinguevano tra il caso in cui si trattasse di fare un acquisto, come ad esempio la capacità giuridica per la età maggiore, dal caso in cui si trattasse di fare una perdita come ad esempio la prescrizione di un' azione. Pel primo bastava che fosse appena cominciato, e valeva la massima — *dies incoeptus pro completo habetur* — perchè si avea un favore: pel secondo doveva trascorrere tutto il giorno ultimo, perchè si avea un danno (2).

A compimento di questa teoria bisogna tener parola del *tempus continuum* e del *tempus utile* de'romani. Si dicea continuo il tempo quando si avea riguardo ad una serie non interrotta di giorni: si dicea utile quando da tale serie si detraevano que'giorni ne'quali un atto non poteva farsi in giudizio o perchè il Magistrato *copiam sui non facit*, o per infermità della persona che avesse dovuto presentarsi ec. Il computo riusciva difficile e dava luogo ad inconvenienti, onde tutte le legislazioni posteriori alla romana ànno ritenuto il tempo sempre continuo (3).

Ignoranza ed errore.

§ 306. L'ignoranza si à quando manca totalmente la scienza della cosa di cui si tratta, *simplex scientiae privatio*, come dicevano gli antichi. L'errore si à nella scienza imperfetta, ossia nella ignoranza parziale, perchè quando si à scienza completa non è possibile er-

(1) Teoria unif. art. ed arg. 43 proc. civile, 251 e 623 cod. Commerciale.

(2) Per diritto civile non si fa tale distinzione, à perduto di vigore la massima—*dies incoeptus pro completo habetur*—, e per tutti i casi vale la regola che dev'esser completamente trascorso l'ultimo giorno, art. ed arg. art. 240, 323, e 2134. La ragione della differenza è che ordinariamente s'incontrano l'acquasto per l'una parte e la perdita per l'altra, ond'era conveniente adoperare una sola norma.

(3) Così à fatto anche il Codice Civile, onde tutti i giorni ed anche i festivi son calcolati nel termine, art. ed arg. art. 43 Cod. proc. civile, ed art. 2133 e 2134 Codice Civile.

Digitized by Google

rore alcuno, e quando non si à scienza di sorta si à ignoranza. L'errore dunque è un misto di scienza e d'ignoranza, che influisce sulla volontà, perchè, per la parte d'ignoranza, resta oscurata la intelligenza, e la volontà mal si decide. Onde l'errore è definito—*Ignorantia partialis qua actus voluntatis vitiatur*. Si ritenga dunque che per l'ignoranza vi è mancanza d'intelligenza, e per l'errore ve n'è difetto.

La ignoranza è in diritto equiparata ne'suoi effetti all'errore, onde ci basta parlar di questo per intender la teoria relativa all'una e all'altro.

L'errore è di diritto o di fatto, secondochè cada sopra una norma giuridica imposta dalla legge, ovvero sopra una circostanza di fatto.

Or l'errore di diritto di regola non scusa, ma deve trattarsi di legge vigente nella nazione in cui rientra chi à errato e che à perciò l'obbligo della obbedienza, non già di legge straniera, poichè l'errore intorno a questa è considerato come errore di fatto non essendovi obbligo di conoscerla dal momento che manca l'obbligo della osservanza.

Ma se è di regola che l'errore di diritto non scusa —*juris error nulli prodest*. Fr. 2. § 15 *pro emptore*, 41, 4—pure per diritto romano si ritenea che scusasse per alcune persone, e così pel militare *arma magis quam jura sciens*. L. 22. pr. Cod. *de jure deliberandi*, 6. 30,—pel contadino *propter rusticitatem*. Fr. 2. § 7. *de jure fisci*, 49. 14 —, per le donne *propter sexus infirmitatem*. Fr. 9. *de juris et facti ignorantia* —, pe' minori *propter lubricum aetatis!* Fr. 9. cit. —, e in generale per gl'inesperti e per quelli pe'quali non fossero state possibili cognizioni migliori. Fr. 9 e § 1 a 5, *de juris et facti ignorantia* (1).

L'errore di fatto invece in generale scusa. *Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*. Fr. 9. *de juris et facti ignorantia*, 22. 6. Ma per scusare, dev'essere l'errore di fatto essenziale e non accidentale.

Parliamo prima dell'essenziale e poi dell'accidentale.

L'errore è essenziale in tre casi, cioè.

1. Quando cada sulla natura del rapporto di diritto. Così se al-

(1) Il Codice Civile non ammette errore di diritto, purchè l'errore non sia la causa unica o principale dell'atto giuridico, art. 1109, ed arg. art. 1119, 1237, 1360, 1145, 1146, 1772. Così scuserebbe oggi l'errore di diritto se alcuno ignorando la legge dividesse con un altro la eredità che gli è esclusivamente devoluta *ab intestato*, ovvero se varii coeredi dividessero fra loro per capi la eredità che si dovea dividere per stirpi.

Digitized by Google

cuno intende vendermi una cosa, che io intendo ricevere a titolo di prestito o di donazione, non vi è nè vendita, nè donazione, nè prestito, perchè le due volontà non si sono incontrate *in idem placitum.*

2. Quando cade sulla identità della persona, la quale sia stata la causa principale dell' atto giuridico. Così è nullo il matrimonio se mai si erri nella persona, ma non è nulla la vendita di un libro che faccia un libraio a Tizio mentre credeva di contrattar con Sempronio.

3. Quando cade sulla sostanza della cosa.

La sostanza riguarda o la cosa stessa, o le sue qualità essenziali.

È facile intendere l'errore che cade sulla cosa stessa. Se io credeva di comprare il fondo Corneliano, e tu credevi vendere il Semproniano, la vendita è nulla *quia in corpore dissensimus.* Se l' oggetto è indicato quantitativamente, l'atto è valido fino all' ammontare in cui si sono incontrate dichiarazione e volontà.

Più difficile riesce intendere l'errore che cade sulla qualità sostanziale.

Per la parola *sostanza* il concetto filosofico è diverso dal legale, e i due sistemi non debbono essere confusi.

I filosofi dicono che sostanza è ciò che ha la sua personalità propria ed individua, la quale essenzialmente esclude la comunione sostanziale con ogni altro individuo. Alla sostanza si oppongono i modi o accidenti, i quali possono trovarsi e non trovarsi nella stessa cosa. In altri termini la sostanza è ciò che gli scolastici dicevano: *ens quod per se subsistit et substinet accidentia.*

Ma i Giureconsulti non intesero nè potevano intendere la *sostanza* in quel rigoroso ed ampio significato, e invece la restrinsero a ciò che forma il movente del cuore umano e la base di ogni giudizio, cioè l'interesse.

I filosofi e i Giureconsulti guardano dal proprio punto di vista, che è universale per gli uni, e per gli altri ristretto alla umana utilità.

Per tanto l'errore rende nullo l'atto giuridico quando cade sulla qualità della cosa che per l'atto medesimo si è presa principalmente di mira e che ne forma una sostanza e non un accidente. Per riguardo alla sostanza bisogna valutare la intenzione delle parti in rapporto alla qualità che forma oggetto dell'atto giuridico. Se così non fosse, si smarrirebbe nel diritto l' indice sicuro della utilità e dell' interesse, ed il diritto si risolverebbe in astrazioni metafisiche dalle quali la giurisprudenza aborre. Così, per una tabacchiera di argento cesellata dal Cellini, il filosofo ritiene sempre per sostanza la tabacchiera, e per accidente il cesello; ma il Giureconsulto ritiene per so-

Digitized by Google

stanza l'una e l'altro, quando nell'atto giuridico fu dalle parti preso di mira quel pregio artistico.

Tutto ciò è per l'errore essenziale.

L'errore poi è accidentale quando non tocca alcuno di que' tre punti ne' quali viene a svolgersi l'errore essenziale, e intanto influisce in bene o in male sull'oggetto. A tal classe rientrano i motivi che spingono all'atto giuridico, le speranze concepite, il nome della persona o dell'oggetto, le cose accessorie ec. L'atto giuridico formato sotto l'influenza di errori somiglianti non è mai nullo. Ma una qualche regola diversa si osserva nella materia testamentaria, ove noi, come a proprio luogo, ne tratteremo.

La ragione per la quale l'errore essenziale e non accidentale mena alla nullità dell'atto giuridico è che il primo, e non il secondo, fa mancare la volontà perchè la intelligenza non ha visto chiaro in un punto di interesse così grave qual' è sempre l'essenza, sia pur questa presa in largo senso.

Ad ogni modo non scusa mai l'errore derivante da supina ignoranza, perchè per essa vi è sempre colpa di chi v'incorre, come ad esempio sarebbe se alcuno avesse creduto stipulare un atto innanzi a un notaio, che non è tale (1).

Dolo.

§ 307. Il dolo è civile o penale.

Qui parleremo del dolo civile: del dolo penale terremo discorso nel seguente punto relativo alla violenza della quale il dolo penale forma un elemento indispensabile.

Quando nel diritto civile si parla di dolo, s'intende sempre del dolo civile, perchè è civile la materia su cui tal Diritto versa.

Or il dolo civile consiste nel raggiro, per lo quale il raggirato cade in errore, da cui proviene un danno.

Tre adunque sono gli elementi costitutivi del dolo civile cioè — 1.° il raggiro — 2.° l'errore — 3.° il danno.

Noi dobbiamo spiegare soltanto in che consiste il raggiro, perchè pel danno ci basta accennare che si riduce ad una diminuzione di patrimonio, ciò che sarà meglio sviluppato nella materia contrattuale; e per l'errore si è detto abbastanza nel punto precedente e soltanto dobbiamo avvertire che qui non si fa differenza tra errore essenziale ed accidentale, mentre la legge mira a tutelare chi è stato

(1) Per Codice civile la teoria dell'errore di fatto è uniforme, art. 1098 e 1110.

Digitized by Google

ingannato, non per l'errore in cui è incorso, ma per le arti dolose adoperate (*ex capite doli*).

Or il raggiro si ha quando *aliud simulatur et aliud agitur*. Ulpiano ripete tale idea in due frammenti, cioè nel Fr. 7 § 9 *de pactis* 2, 14, e nel Fr. 1 § 2 *de dolo malo* 4, 3.

Il raggiro sta nel fare apparire una cosa che non è nel fine di potere ingannare alcuno. Se per codesto raggiro una persona cade in errore e resta ingannata, e ne segue un danno, si ha il dolo. Il quale è definito — *omnis calliditas, fallacia, macchinatio, ad decipiendum, fallendum, circumveniendum alterum adhibita*—cioè ogni scaltrezza, menzogna, o altra somigliante macchinazione, per la quale alcuno dissimuli nel fine di trarre altri in inganno.

Il dolo si può innestare in tutto e vizia tutto, e così può innestarsi nei testamenti, ne'contratti, e nella esecuzione stessa della legge. *Et quidem dolo fit tam in contractibus, quam in testamentis, quam in Legibus*. Fr. 1 § 3 *de doli mali et metus exceptione*, 44. 4.

Il dolo può essere principale o incidente. Principale quando alcuno che non volea fare un atto giuridico, lo fa unicamente perchè vi sia stato spinto dalle male arti altrui. Incidente quando alcuno che volea fare un atto giuridico sia stato ingannato in qualche clausola di esso per le suggestioni scaltre e per le ingannevoli macchinazioni verso di lui adoperate. Nel primo caso, cioè nel caso di dolo principale, sarà nullo l'intero atto giuridico; e nel secondo cioè di dolo incidente sarà nulla la sola disposizione, che vi si riferisce nei testamenti, e vi sarà luogo a risarcimento di danni interessi per riguardo a' contratti.

Per altro bisogna avvertire che una suggestione pietosa non costituisce dolo, il quale invece si fonda sulla frode e sul raggiro. Così ad esempio non è dolosa la suggestione del marito, che facendo tenerezze alla moglie moribonda le si raccomandi per aver qualche cosa. L. 3. Cod. *si quis aliquem testari prohibuerit*, 6. 34. Fr. 3 *ibidem*, 29. 6.

Ma il dolo è personale, cioè l'atto giuridico può annullarsi quando siasi adoperato dolo dalla persona, che è interessata nell' atto medesimo ; se invece si fosse adoperato da un terzo estraneo, si ha soltanto diritto verso di costui ad un indennizzo e l'atto giuridico resta valido (1).

---

(1) Per Codice civile la teoria è perfettamente uniforme—art. 1115 e 1151. Sebbene per i testamenti non vi sieno articoli che parlino di dolo, pure essi trovansi per argomento nell' art. 759, che dà la definizione del testamento, perchè dicendosi, che il testamento è un atto col quale taluno dispone, il legislatore vuole intendere atto volitivo libero ed intelligente, ciò che non si

Digitized by Google

Violenza.

§ 308. La violenza consiste nella coazione all'altrui libertà. Quando vi è mancanza di libertà per costringimento avutone, allora esiste la violenza.

Ma ciò non basta. Fa mestieri ancora che colui il quale costringe l'altrui libertà, agisca con dolo penale.

Ond'è necessario conoscere con precisione in che consiste il dolo penale e saper bene la differenza fra il dolo penale ed il dolo civile.

Or innanzi tutto per riuscir chiari, deve esporsi il tecnicismo dei giureconsulti Romani a tal riguardo.

Questi distinguevano nettamente le materie civili dalle materie penali, le quali erano, siccome oggi sono, due campi assolutamente distinti e diversi.

Nelle materie civili si avea il *dolus bonus* e *dolus malus*. Entrambi riducevansi al raggiro per far cadere altri in errore, ma il *bonus* era quello che non andava congiunto ad ingiuria o lesione altrui (come ad esempio quando si adoperi qualche simulazione per la difesa propria o delle proprie cose) e il *malus* invece era diretto a produrre un danno (come ad esempio quando si simuli nel fine di apportar nocumento). In altri termini tanto il *dolus bonus*, quanto il *dolus malus* riposano sulla finzione, ma il *bonus* è solerzia, ed il *malus* è offesa.

Nelle materie penali i giureconsulti Romani molto raramente adoperavano la parola *dolus malus* per esprimere il dolo penale dei moderni. Invece i giureconsulti adoperavano d'ordinario le altre di *voluntas nocendi*, ovvero di *animus nocendi*, ovvero di *propositum delinquendi*.

Premesso ciò, e prima di addentrarci nella differenza tra il dolo civile ed il dolo penale, conviene designare la differenza tra le materie civili e le materie penali, essendo esse (giova ripeterlo) due campi assolutamente distinti e diversi.

La ragion civile sorge per la necessità di mantenere gli ordinamenti civili nel fine di attribuire a ciascuno il suo. La ragion penale sorge invece per la necessità della repressione allorchè siasi violato un diritto in modo da produrre un allarme sociale.

---

avrebbe nel caso di dolo. Inoltre si trae argomento dagli art. 828 ed 836, i quali parlano dell'errore, che a sua volta è un elemento costitutivo del dolo. Da ultimo le formalità, da cui sono stati circondati i testamenti sono di argomento sicuro, che il legislatore ha voluto garantire la volontà del disponente da ogni sorpresa, ciò che specialmente si rileva dagli art. 784, 785, 786, 789.

Digitized by Google

Nella ragion civile non si tien a calcolo la repressione del colpevole, ma invece si prende di mira l'interesse civile. La repressione invece è l'obbiettivo della ragion penale, senza che questa abbia cura dell'interesse civile.

Nella ragione civile in molte guise può aversi la necessità di attribuire a ciascuno il suo, e fra le tante si noverano la violenza e la frode. Nella ragion penale il diritto può esser violato in due sole maniere, cioè per violenza, o per frode.

Ma tanto nella ragion civile, quanto nella ragion penale, il dolo si ha nei soli casi di violenza o di frode. Perciocchè, tolti questi due casi, non si può assolutamente parlar di dolo nelle materie civili; e nelle materie penali non v'è esempio di dolo che non rientri in questi due casi.

Con profondo senso filosofico e giuridico, l'enciclopedico nostro maggior poeta espresse tal concetto nella famosa terzina.

> D' ogni malizia (1), che odio in cielo acquista
> Ingiuria (2) è il fine, ed ogni fin cotale. (3)
> O con forza (4) o con frode altrui contrista
>
> DANTE — Inf; c. 11 v. 22 a 24 (5).

Il dolo nelle materie penali consiste nella volontà di violare il diritto, mediante frode o violenza, cioè nella coscienza di violare una legge mentre si è liberi di non violarla. Di che si vede quanto ben s' avvisavano i Giureconsulti Romani a chiamare tale dolo, *voluntas sceleris, animus nocendi, propositum delinquendi.*

Considerato il dolo in se stesso non si possono figurare specie e gradi diversi. O esiste o non esiste nell' agente la coscienza di contravvenire liberamente a ciò che la legge vieta o comanda.

Considerato però il dolo in rapporto alla riflessione o alla libertà è allora possibile stabilire una gradazione. Onde si hanno il dolo d'impeto, il dolo di proposito, il dolo premeditato ec.

Il dolo nelle materie civili sta anche nella volontà di violare un diritto altrui per arrecare un danno, e deve anche esplicarsi mediante frode o violenza, com' è pel dolo nelle materie penali, ma

(1) Cioè volontà malvagia.

(2) Cioè danno.

(3) Cioè ogni danno.

(4) Cioè violenza.

(5) Il presidente Nicolini dice che l'intero canto undecimo dell'inferno linea la più bella tela di diritto penale. Il consigliere Lomonaco pubblicò un bel libro, che ha per titolo Dante giureconsulto. Non è perciò qui estranea questa terzina.

Digitized by Google

la differenza sta ne' modi di estrinsecazione della volontà medesima. Dapoichè se la volontà si estrinseca con la violenza si avrà nelle materie civili il dolo penale, e se si estrinseca con la frode si avrà nelle medesime materie civili il dolo civile.

La ragione per la quale (sempre parlando delle sole materie civili) il dolo prende il nome di *penale* quando si adoperi violenza, e prende il nome di *civile* quando si adoperi frode, è doppia. La prima è che, nel caso di violenza, il dolo risente più di scelleraggine ed agisce più direttamente verso chi ne è colpito, mentre nel caso di frode il dolo si presenta in modo meno allarmante ed agisce su chi ne è colpito con l'intermezzo dell'errore che cagiona un danno. La seconda è che la via che percorre il dolo penale è più breve: esso non ha bisogno del lungo cammino dell'errore che meni al difetto della intelligenza e perciò al vizio della volontà, com' è pel dolo civile; ma invece il dolo penale va direttamente a colpire il paziente, senza che l' errore di costui vi abbia menomamente a che fare.

Sicchè il dolo penale, nelle materie civili, abbraccia tutti i casi di dolo commessi nella materia penale mediante violenza, e tutti quegli altri casi non preveduti dal Codice penale, e nei quali vi sia stato un danno materiale mediante coazione all' altrui libertà. E il dolo civile nelle materie civili riguarda tutti i casi di dolo commessi nella materia penale mediante frode e tutti quegli altri casi non preveduti dal Codice Penale e nei quali vi sia stato un danno materiale, mediante un raggiro per lo quale altri sia caduto in errore che ha cagionato quel danno.

Si ripete che i due campi della ragion penale e della ragion civile sono diversi. Il campo penale è assai più ristretto, perchè è limitato dall' allarme sociale, il campo civile è assai più vasto perchè è esteso al danno materiale che si cagiona ad altri. Un punto di contatto tra quei due campi vi è, perciocchè il campo penale rientra nel civile tostoché vi si trovi un danno, ma il campo civile si estende inoltre fin dove il danno sta.

Tutta la confusione che si è fatta dagli scrittori, nei quali in generale mal si discerne la differenza tra il dolo civile e il dolo penale, è dipesa da che non si è voluto ben distinguere la ragion civile dalla ragion penale. Quando si tratta di ragion civile, bisogna dimenticarsi della ragion penale, restringersi alla stretta ragion civile, fissarsi nel solo campo civile, e guardare con occhio da civilista:

Nella ragion civile è, siccome dovea essere, valutato il dolo. Or, a parte sempre dalla ragion penale, se nelle materie civili si trovi un danno commesso con volontà malvagia e mediante violenza si

Digitized by Google

avrà il così detto *dolo penale*, e se si trovi un danno commesso con volontà malvagia e mediante frode, si avrà il così detto dolo civile.

Codesta teoria è contrastata tra gli scrittori, anzi alcuni, specialmente tra'Tedeschi, si sperdono in idee bastantemente strane, ed altri ne saltano a piè pari la trattazione, ma noi con tutta franchezza e lealtà diciamo che ci siam voluti attenere ad una lucida idea che il filosofo Romagnosi sapientemente ed in brevissime parole accenna in una nota alla Genesi del Diritto Penale. (Veggasi la nota 1. al § 1334. *Genesi del Diritto Penale* pagina 362 vol. 4 parte 1.ª ediz. De Giorgi). Conosciutasi la natura del dolo penale e la differenza di esso dal dolo civile, torniamo al nostro proposito della violenza.

Da quanto abbiamo detto, ben si vede che due sono gli elementi che debbono concorrere per esservi violenza, cioè: — 1. mancanza di libertà da parte del paziente—2. dolo penale da parte dell'agente.

La violenza può essere assoluta e condizionale. Assoluta quando il violentato non ha fatta alcun atto di volontà. Condizionale quando il violentato ha fatto qualche atto di volontà perchè spintovi dal timore.

Spieghiamoci con qualche esempio. Se una banda di briganti entra in una casa, lega il padrone, e ruba quanto vi è, quella banda non ha operato sulla volontà del padrone di casa, il quale non ha fatto certamente alcun atto di volontà. Ma se la banda pretenda che il padrone di casa consegni i denari che à, e lo minacci perciò con le armi, e quegli prende i suoi denari e li dà ai masnadieri, allora il dolo avrebbe agito sulla volontà, perchè la volontà del padron di casa avrebbe per paura della vita assentito all'atto della consegna.

Tale distinzione di violenza assoluta e condizionale riesce importantissima nella materia contrattuale, perchè la violenza assoluta mena alla nullità, cioè alla totale inesistenza del contratto per mancanza di consenso, e la violenza condizionale, a causa del consenso dato per timore, non mena alla nullità, ma invece all'annullabilità del contratto, sottoposta al rigore di una prescrizione il cui termine non è di lunga durata.

Nella materia successoria invece tale distinzione di violenza assoluta e condizionale riesce vana, perchè si può verificar soltanto la violenza condizionale. O si tratti di testamento nuncupativo o di testamento scritto, è sempre necessario che il testatore parli o scriva, onde il testatore fa sempre un atto di volontà col parlare o con lo scrivere pel timore che gli s'incute.

E perchè il timore è quello che costringe mediante la violenza, riesce bene indifferente che sia stata fatta da chi è interessato nel-

Digitized by Google

l'atto giuridico, o da un terzo estraneo. Nell'un caso come nell'altro il timore sortisce il medesimo effetto.

Per altro la violenza può dirsi esistere soltanto allora che il timore con essa cagionato sia grave, presente, ingiusto, e incusso per determinare l'atto giuridico.

Grave — Dev'essere tale da scuotere il violentato e costringerlo a fare ciò che non vorrebbe. — *Metus accipiendum non quemlibet timorem, sed majoris malitatis.* Fr. 5, 6, 7, *quod metus caussa* 4, 2. *Vani timoris juxta excusatio non est.* Fr. 184 *de regulis juris* 50, 17.

La gravità intanto è sempre relativa e non assoluta. Una stessa minaccia fatta ad un vecchio può esser grave, e ad un giovane può esser lieve. Onde devesi aver riguardo all'età, al sesso, ed alla condizione delle persone.

Presente. — Il timore dev'essere presente (*metus praesens*) per un male sia presente, sia futuro, (*instantis vel futuri periculi causa*). Il timore presente ha il senso d'inevitabile, e la violenza vi sarà quando affin di costringere alcuno ad un atto giuridico gli s'imprimerà un timore ragionevole per lui di andare incontro inevitabilmente ad un male considerevole. Poco importa se il male debba colpirlo immediatamente, od a capo di ore, di giorni ecc. purchè il male sia inevitabile. Fr. 1 e 9 *quod metus caussa* 4, 2.

Ingiusto—La minaccia dev'essere *adversus bonos mores*, e ciò significa che chi fa la minaccia non deve avere diritto a mettere in esecuzione il male minacciato. E così un contratto d'indennizzo, anche sproporziona o ad una offesa fatta, varrebbe se l'offensore vi si fosse obbligato per la minaccia di una querela che lo menerebbe al carcere. Fr. 3, § 1, *quod metus caussa* 4, 2.

Incusso per determinare l'atto giuridico.—Dev'esservi la minaccia di un male da parte di uno, e da parte di un altro il timore derivante dalla minaccia fattagli dal primo. Non basta il solo timore concepito da una coscienza rimordente, senza che vi sia stata minaccia di un male da parte altrui. E così, se alcuno responsabile di un' offesa verso di altri, e timoroso per la pena in cui incorrerebbe, gli dà o si obbliga a dargli qualche cosa affinchè l'offeso taccia, non vi sarebbe violenza *quia hunc sibi metum ipse infert* Fr. 21 *quod metus caussa* 4, 2.

Del rimanente la violenza può esser fisica o morale. Uno de'casi di violenza morale sta nella violenza che si fa a'figli, *cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur.* Fr. 8 § ult. *quod metus caussa* 4, 2. Fr. 1, § 4 ad legem Corneliam *de sicariis* 48, 8. Ma non costituisce violenza morale il solo timore riverenziale, poichè il rispetto e l'ossequio al volere de'genitori non coerciscono sì fattamente la volontà del figlio, che questi non possa fare altrimente, e appare perciò che vi ab-

Digitized by Google

bia aderito di buona voglia: *maluisse videtur*. Fr. 21 e 22 *de ritu nuptiarum* 23, 2 (1).

Si avverta intanto che per diritto romano la violenza era distinta in pubblica e privata. Pubblica quando vi era via di fatto. Privata quando si facea qualche cosa contro una proibizione imposta. Veggansi i Titoli del Digesto — *unde vi* — *quod vi aut clam* — *ad legem Juliam de vi publica* — *ad legem Juliam de vi privata* (2).

Colpa

§ 309. La colpa si ha per la mancanza di diligenza, e consiste nell'errore vincibile per lo quale accada un danno.

Bisogna formarsene un chiaro concetto.

I Codici e i Giureconsulti di tutti i tempi chiamano *involontario* l'atto colposo, cioè quello commesso per imprudenza, per negligenza, e per disattenzione, e potrebbe credersi perciò che l' atto colposo non avesse mestieri del fattore della volontà.

Si verserebbe senza dubbio in una falsa credenza, perocchè senza volontà non può esistere imputabilità (civile o penale che sia), e non può verificarsi colpa veruna.

Di vero: chi è in colpa vuole un fatto che d' ordinario è in se stesso innocente, ma di cui può prevedere le nocevoli conseguenze. Or ogni atto libero racchiude una serie successiva di atti parziali, in cui, premessa la prima nozione dell'intelletto, si avvicendano poi gli atti di questo con gli atti della volontà, per modo che in essi, ad eccezione del primo, la dipendenza delle due facoltà è reciproca. Quando manchi alcuno di tali atti secondari, in cui l'intelletto dovea ricevere l' impulso dalla volontà, allora il vizio della mente fu elezione volontaria e però sorge la imputabilità umana più o meno grave secondo che la volontà influì più o meno in questo vizio.

Un esempio chiarirà codeste idee. Il cacciatore inteso alla preda, spara il fucile ed un pallino colpisce all'occhio il villano, che poco lungi lavora la terra. L' atto primario innocente è la caccia della preda, il secondario è quello della volontà, che doveva dare impulso all'intelletto per la cognizione esatta di ciò che potesse riuscire al-

(1) Per Codice Civile la teoria della violenza è uniforme, art. 1111, 1112, 1113 e 1114, e arg. art. 759 e 725 num. 3 e 4.

(2) Per diritto vigente non è riconosciuta la violenza privata de'romani, e si è ritenuta soltanto la violenza derivante da vie di fatto, poichè ne'Codici Civile e penale non vi è esempio per lo quale per violenza s'intenda la semplice contravvenzione ad una inibizione avuta, sempre oggi richiedendosi l'elemento della persona alla quale con vie di fatto si faccia violenza.

Digitized by Google

trui di nocumento : codesto atto secondario è mancato, ed ecco la colpa, ecco come la volontà influì nel vizio della mente. Vi è un errore, ma è un errore volontario, vincibile, imputabile. E se tale atto secondario, cioè colposo, è detto da' Codici e da' Giureconsulti *involontario*, ciò accade perchè la volontà ha peccato per omissione anzichè per azione.

In breve, la moralità degli atti umani dipende da' due fattori della volontà libera e della intelligenza. Quando la intelligenza non è bene rischiarata perchè non à ricevuto l'impulso dalla volontà, e ne segua un danno, vi è colpa. Allora si ha la cognizione imperfetta, cioè l'errore (vedi § 306) derivato dalla omissione della volontà.

Premesse tali idee, s'intende facilmente la definizione della colpa, la quale è — *Factum inconsultum quo alter injuria laeditur* — cioè fatto commesso per mancanza di diligenza, che riesca dannoso ad altri, senza che il danno possa giustificarsi con un diritto, perchè chi esercita il suo diritto può sempre farlo anche quando vi sia danno altrui.

La colpa si distingue in — 1. positiva e negativa, secondochè si faccia o si ometta di far qualche cosa: così è positiva pel cacciatore, che sparando ad un animale ferisce un uomo, è negativa pel guardiano delle carceri che non chiuda bene le porte per le quali i carcerati fuggono — 2. contrattuale ed estracontrattuale, secondochè non siesi fatto ciò che era stabilito per contratto, o non siesi fatto ciò che per moralità di atti umani dovea farsi anche senza contratto: così è contrattuale la colpa se alcuno non adempia alla consegna di una cosa in un giorno determinato dal contratto, e ne segua un danno a chi dovea averla; è estracontrattuale, se alcuno non ricostruisca o puntelli un muro che minacci ruina, e che poi cadendo uccida o ferisca alcuno — 3. astratta e concreta, secondochè si valuti la diligenza ordinaria degli uomini, ovvero quella che una determinata persona adopera nei suoi affari: così è astratta la colpa di chi ferisce per disattenzione, è concreta la colpa del depositario. È regola che la colpa deve valutarsi in astratto fino a quando la legge non abbia tassativamente detto che debba valutarsi in concreto, e la legge ammette in generale la colpa concreta, quando gli affari altrui non si possono ben separare da' proprii.

La colpa contrattuale astratta ha una gradazione distinguendosi in lata, lieve e lievissima, secondochè si tratti di crassa negligenza ovvero di negligenza leggiera, o di negligenza leggierissima. Per tale gradazione si prende il padre di famiglia come tipo per la parte economica, e l'artefice per le arti. Sono regole — 1. chi entra in un rapporto obbligatorio pel vantaggio dell' altra parte, risponde della

Digitized by Google

colpa lata, come accade per l'erede con beneficio d'inventario per l'amministrazione di cui è incaricato — 2. chi invece vi entra per ritrarre un vantaggio, sia o non sia questo comune con l'altra parte, risponde della colpa lieve, come accade pel depositario quando il deposito si fosse fatto unicamente pel suo interesse — 3. chi si offre spontaneo ad un rapporto obbligatorio per lo quale si ricerca la massima diligenza, risponde della colpa lievissima.

V'hanno intanto per la colpa tre regole — La prima è che quando la legge parla in generale di colpa s'intende colpa lieve — La seconda è che le parti contraenti possono convenire una diligenza maggiore o minore di quella richiesta dalla legge — La terza è che se entrambe le parti sono in colpa, vi è compensazione fino al segno in cui s'incontra l'equivalente. Fr. 10, *de compensationibus* 16, 2 (1).

Caso

§ 310. Il caso è un avvenimento che arreca danno, e che non si può prevedere, o almeno non si puó impedire. Deriva o dalla natura, come ad esempio il terremoto, la grandine ecc.: o dalla legge, come ad esempio il divieto che si facesse per la esportazione di frumento all'estero, ove dovesse farsene la consegna: o dal fatto dell'uomo.

Quest'ultimo punto deve essere bene schiarito.

Il danno che provvenga dal fatto dell'uomo, e che costituisce un caso almeno in modo relativo, accade o per fatto della persona stessa che cagioni un danno, o per fatto di un terzo.

Per fatto della persona stessa che cagioni un danno, vi sarà il caso quando ella difetti nelle facoltà mentali, o quando ella versi in errore invincibile.

Sempre la moralità degli atti umani dipende da' due fattori della volontà libera e della intelligenza. Se esse manchino, manca del tutto la imputabilità, e di conseguenza la responsabilità, e si ha il caso.

---

(1) Per Codice Civ. la teoria è uniforme, art. ed argom. art. 497, 970, 1143 1151, 1152, 1247, 1408, 1480, 1583, 1588, 1589, 1671, 1714, 1808, 1810, 1843 1844, 1746, 1876, 1885. Ma si avverta che il Codice Civile, come rilevasi da tali articoli, è meno minuto del Diritto Romano per riguardo all'applicazione della gradazione della colpa, e ritiene in generale come regola che la diligenza richiesta è quella di un buon padre di famiglia ideale, art. 1224, eccettuati i casi di amministrazione dell'erede beneficiato per lo quale richiede la colpa lata, art. 970, e di deposito per lo quale richiede la colpa lievissima quando il depositario siesi offerto, od abbia stipulato una rimunerazione, o il deposito si faccia unicamente pel suo interesse, ovvero siesi convenuto che egli risponda di qualunque colpa, art. 1844.

Digitized by Google

Di che segue che non deve rispondere del danno che fa colui che *non sit suae mentis*, come sarebbe un matto, un allucinato, uno che fosse sopraffatto da momentaneo deliquio e rompesse ad esempio il cristallo di una bottega. Fr. 5. § 9, *de lege Aquilia* 9. 2.

Segue del pari che quando la intelligenza rappresenta come vero bene ciò che è falso, la volontà che tende al bene presentatole dalla ragione, procede nell' ordine naturale, e l' atto umano è morale, benchè materialmente trasvii — Così, accadde non ha guari a Milano che un frate mise tartaro emetico nel vino che dovea distribuirsi per celebrare le messe in una certa sacra festività, e quel medicinale cagionò vomiti e danni alla salute di qualche sacerdote che celebrò la Messa — Il sagrestano distribuitore non n' era certamente in colpa, perchè nulla sapeva del fatto, e perchè quel medicinale non dà nè colore, nè sapore — Nel sagrestano vi fu dunque errore, perchè credette buono il vino adulterato, ma l'errore non era volontario, ed invece era invincibile, e perciò non imputabile — Quando l'atto umano risponde *ad eum modum quem hominum natura desiderat, homo diligens est.* Fr. 32 *depositi* 16. 3.

Il danno poi può anche accadere per opera di un terzo, il cui fatto discarica l'obbligato da ogni prestazione. Così se alcuno, che si trovi lontano, è istituito erede con obbligo di dare ad un legatario una cosa determinata, ad esempio la tabacchiera di argento che usa il testatore, e la tabacchiera sia involata appena che il testatore spiri, in quei momenti di confusione inevitabile nella stanza del moribondo, l'erede non deve dare al legatario cosa alcuna, perchè egli non era in mora, e perchè il furto relativamente a lui è un caso fortuito.

Or è principio di diritto che deve risentire del caso fortuito soltanto colui che ne fu percosso, cioè il padrone. Onde l' assioma— *casum sentit dominus.*

Vi sono però quattro eccezioni.

La prima è se v'è obbligo per contratto a risentire del caso, quante volte accada, patto solito ad apporsi a carico dei conduttori nelle locazioni dei fondi rustici. La ragione sta appunto nel contratto che forma legge fra contraenti.

La seconda si ha per effetto della mora alla consegna di una cosa, la quale durante la mora perisca, purchè però la cosa non sarebbe perita egualmente presso il creditore. La ragione è che chi ritarda sta in colpa.

La terza è se si dia occasione al caso. Tale fu la soluzione data da Bartolo e da Paolo de Castro per alcuni vetturali che portavano merci a'mercati di Recanati e di Foligno, e che vennero derubati nella

Digitized by Google

via inospite e selvaggia da loro battuta, e che si esposero perciò al pericolo dei ladri ch'erano nelle boscaglie per le quali transitarono, e che avrebbero potuto evitare facendo più lungo cammino per la strada ordinaria e frequentata. La ragione sta nella colpa per mancanza di previdenza.

La quarta è se qualcuno abbia risentito materiale vantaggio dal caso occorso, come ad esempio se taluno si avesse tolto i materiali di un edificio caduto per terremoto. La ragione è che vi sarebbe luogo a ripetizione o a risarcimento.

Ad ogni modo chi allega un caso fortuito, si trova sempre di rincontro ad una presunzione contraria, ond'è in obbligo di provarlo (1).

Genere, specie, individuo, quantità, fatti.

§ 311. Il genere, la specie, l'individuo, la quantità, i fatti, possono formare oggetto degli atti giuridici, ond'è d'uopo averne una chiara idea.

La mente umana ha la forza di astrarre dal particolare al generale, di formare cioè una idea comune, prendendo da più idee individuali tutto quello per cui si rassomigliano, e rigettando ciò che le distingue. Qualunque idea cambia allorchè si porta a maggior generalità, e prende un nome diverso. Si comincia da un essere reale che si chiama individuo, e si passa alle classi degl'individui, le quali classi variano a norma dei gradi di astrazione, e si distinguono in specie e generi. Così, ad esempio, il cavallo di Tizio dà l'idea di un essere individuale; il cavallo arabo dà l'idea di una classe di cavalli, i quali hanno una qualità comune, cioè di essere arabi: il cavallo dà l'idea di una classe più estesa, e che comprende tutti cosiffatti animali: il quadrupede dà l'idea non solo de'cavalli ma di tutti gli altri animali che ànno quattro piedi: l'animale dà l'idea non solo de'quadrupedi ma di tutti gli esseri che ànno anima. E si avverta che l'individuo rientra nella specie, e la specie nel genere, e che, tolta la idea individuale e presa la generale, si trova che una idea può riguardarsi nello stesso tempo come genere e come specie. E così, seguendo il filo di ciò che ora si è detto, si vede che cavallo arabo è specie rispetto al genere cavallo; che cavallo è specie rispetto al genere quadrupede ec.

A tal modo discorrono tutti i filosofi antichi e nuovi, ed è ragio-

---

(1) La teoria del caso è uniforme per Codice Civile, art. ed argom. articoli 1226, 1589, 1631, 1620, 1247, 1298, 1672, 1809, 1145 e 1151

Digitized by Google

nevole perchè essi, fino a un certo segno somiglianti a'poeti, non ànno limiti nelle loro alte speculazioni.

Ma i giureconsulti invece si trovano d'innanzi ad un confine molto angusto, qual'è quello dell'utile. Ciò che non può riuscire utile è rigettato da'Codici.

Onde accade che i Giureconsulti non calcolano menomamente quel genere sommo e talmente illimitato che rende incerta la volontà dei testatori e de'contraenti, e che lascia tale latitudine all'obbligato da non poter questi esser costretto ad una cosa utile. Così, se ad esempio un testatore fa il legato di un animale, ovvero se alcuno si obblighi a dare un animale, fanno cosa nulla, perchè non si sa di qual animale essi ànno inteso parlare, e perchè il legato e la obbligazione contratta potrebbero riuscir decisorii con la consegna di un animale vilissimo. Nella ipotesi di un legato o di una obbligazione di genere sommo, che può sfuggire alla utilità, i Giureconsulti Romani ben dicevano che trattavasi di *corpus ignotum*. Fr. 71, pr. *de legatis* 30. 1, Fr. 69, § 4 *de jure dotium* 23. 3.

Se non che que'Giureconsulti, sempre acuti e positivi, non vollero fare distinzioni di genere, di specie e d' individuo, come facevano i filosofi, perchè sovente si sarebbero incontrati de'dubbii. Essi invece chiamarono *genere* ciò che comprende più individui, e la parola *specie* era da loro usata come sinonimo d'*individuo*, cioè di *corpo certo e determinato*.

Per essere sicuri e precisi nella espressione delle idee, essi non fecero alcuna delle tante gradazioni per le quali trascorrono i filosofi, ma si tennero limitati alla designazione del corpo certo, cioè dell'individuo (che dà l'idea di un essere reale che può toccarsi con mano), e del genere (che dà l'idea di una classe di esseri reali che si conoscono per forza di astrazione della mente, e che perciò non possono toccarsi con mano), e per termine della generalità diedero l'indice dell'utile — Fr. 54 pr. *de verborum obligationibus* 45. 1. — Fr. 6 pr. *de rei vindicatione* 6. 1. — Fr. 1. § 7 *ad legem falcidiam* 35. 2 — Fr. 2 pr. *de rebus creditis* 12. 1.

Dopo di ciò può comprendersi la forza del principio per lo quale si à che obbietto di un atto giuridico può essere un genere *si genus sit infimum, et quod certam a natura determinationem habeat, quum contra si sit summum et incertae determinationis, derisorium magis videatur* — Fr. 71 pr. *de legatis* 30. 1.—Fr. 94, 95 e 115 pr. *de verborum obligationibus* 45. 1. (1).

(1) Il Codice Civile non à seguito il tecnicismo rigoroso romano, ma ne à seguito il principio di diritto. Di vero, il Codice distingue il genere, la specie

Digitized by Google

Vedutosi in che consistono il genere, la specie, e l'individuo, dobbiam conoscere in che consiste la quantità, la quale può anch'essa formare obbietto di un atto giuridico.

La quantità è anch'essa un genere, ordinariamente di cosa fungibile, ma è un genere designato nel numero. Ond'è definita — *genus numero definitum* — E così ad esempio mille lire, quattro ettolitri di fromento, ec. — Fr. 2 § 1. *de rebus creditis* 15. 1, — Fr. 1. § 7. *ad legem falcidiam* 35. 2.

Onde per la quantità si applica lo stesso principio di diritto ora cennato pel genere (1).

Intanto è regola comune così al genere come alla quantità che — *genus et quantitas nunquam perire intelliguntur*. Così, fattosi il legato di un cavallo o di mille lire, o contrattasi la obbligazione di dare un cavallo o mille lire, se mai sia stato dal debitore apparecchiato già il cavallo o il danaro per la consegna, e un ladro ne faccia un furto, il debitore deve dare altro cavallo o altro danaro (2).

Rimane a parlare dell'obbietto di diritto consistente ne'fatti. Si può alcuno obbligare, ovvero può l'erede o il legatario essere obbligato dal testatore a fare o a non fare una qualche cosa. Sotto la parola *fare* s'intende anche il *non fare*, perchè *qui non facit quod facere debet videtur facere adversus ea quae non fecit*. Fr. 121 *de regulis juris* 50, 17. Or quando l'obbietto di diritto è di fare o di non fare, bisogna distinguere tra il caso in cui soltanto la persona che vi è tenuta possa fare o non fare, dal caso in cui altri possa fare o non fare in sua vece. Se è soltanto la persona obbligata che può fare o non fare, come ad esempio di viaggiare in qualità di commesso

---

e l'individuo e chiama l'individuo *corpo determinato*, *cosa particolare*, *cosa certa e determinata*. Veggansi gli art. 840, 841, 870, 1117, 1119, 1205, n. 1. 1247, 1248, 1249, 1266, 1298. Si sa che ha parlato di genere e di specie per non discostarsi molto dal linguaggio filosofico, tenendo ferma pel genere e per la specie la intelligenza che vi si dà negli usi comuni della vita e del commercio, sempre quando però il testatore o i contraenti siensi espressi abbastanza chiaramente sull'oggetto prefissosi e non si sieno ristretti ad un determinato corpo ossia individuo (motivi del Cod. Sardo all'art. 818. Cod. Alb. rispondente all'art. 841 Cod. Ital.). Per lo che il principio che fissa il Cod. Civ., è che l'individuo, cioè il corpo determinato o cosa certa, è distinto dalla specie, la quale è un'astrazione di cose individuali e comprende una classe di corpi determinati e di cose certe, ad esempio un cavallo arabo; e l'individuo e la specie van distinti dal genere, il quale è un'astrazione di più classi di specie, ad esempio un cavallo. Sempre però, ed in ogni caso, la specie ed il genere debbono riuscire utili. Che se si tratti di genere illimitato, che potrebbe riuscire derisorio, non ha alcun valore nè il legato nè la obbligazione.

(1) Per Codice Civile la teoria è uniforme, art. 841 capoverso e 1117.

(2) Per codice civile si à una teoria uniforme, art. ed arg. art. 893, 1298.

Digitized by Google

viaggiatore, di non aprire un negozio in un determinato luogo per non apportare concorrenza ad altri ec., in tale ipotesi valgono le massime — *nemo ad factum cogi potest* — *promissor facti obbligatione liberatur dando id quod interest*, — cioè per omaggio alla umana personalità contro di cui non si può far violenza, la obbligazione si risolve ne' danni ed interessi. Ma se invece altri possa fare o non fare ciò che non vuole chi vi è tenuto, come ad esempio di fabbricare in comune un muro divisorio, di non chiudere una entrata per dare agio ad altri di passarvi ec., in tale diversa ipotesi, vi è diritto a pretendere o la esecuzione della obbligazione (che non viene punto ad offendere la libertà umana) ovvero il pagamento de' danni interessi. Se poi si fosse aggiunta una penale pel caso di trasgressione all'obbligo di fare o di non fare, ciò che riesce sempre molto opportuno, la penale medesima terrà luogo di danni interessi.

Per altro si avverta che la obbligazione di fare o di non fare regge quando concorrano quattro condizioni, cioè che si tratti di cosa 1. possibile — 2. lecita — 3. determinata — 4. e che offra un interesse apprezzabile per chi la reclama — Fr. 72 pr. Fr. 75 § ult. Fr. 81. 84 e 112 § 1. *de verborum obligationibus* 45. 1. Fr. 13 § ult. *de re judicata* 42. 1. Fr. 71 § 1. *de conditionibus et demonstrationibus* 35. 1. (1).

Silenzio.

§ 312. Alcune volte un fatto od una omessione danno la presunzione di assentimento o di rinuncia, cioè di consenso nell'affermare o nel negare, senza che espressamente si dica di sì o di no. Il consenso allora è tacito, e se ne trae argomento precisamente dal fatto o dalla omissione. Così se alcuno *pro herede gerit quasi heres et animo heredis, veluti agros colens, pecuniam foenori locans, credita exigens*, tali fatti danno la presunzione di adizione della eredità; e del pari chi lascia decorrere il tempo stabilito per la prescrizione e non faccia atti di eredi, tale omessione fa presumere la rinuncia (2).

Ma che sarà del semplice silenzio, cioè del caso in cui alcuno taccia senza che vi sia da sua parte un fatto od una omessione? In generale il semplice silenzio non significa nè assenso nè dissenso, perchè chi tace non dice nè sì, nè no: *qui tacet non fatetur utique tamen verum est eum non negare*. Fr. 142. *de regulis juris* 50.

(1) Per Codice Civile la teoria è uniforme, art. 848, 855, 856, 1212, 1220, 1221, e 1222.

(2) Teoria uniforme, art. 934 capov. 2, e art. 943.

Digitized by Google

Per altro il silenzio è talvolta eloquente, e importa acquiescenza, e si à il consenso tacito, quando un fatto, per lo quale egli è interessato, accada sotto i suoi occhi, ed egli taccia senza fare alcuna ripugnanza o protesta.

Ha vigore allora la regola che è nello spirito del diritto romano, e che fu formolato nel diritto canonico: *qui tacet consentire videtur* (43 *de regulis juris in sexto*)

Che tale principio regga per diritto romano, si à specialmente dai due frammenti 19 *de aqua et aquae pluviae arcendae* 39, 3, e 28 *communi dividundo* 10. 3. Nel primo di tali frammenti il Giureconsulto dice che se alcuno soffrì in silenzio che altri facesse un lavoro per cui l'acqua piovana gli nuoccia, si ritiene che vi abbia dato il suo consenso. *Si patiente vicino opus faciam ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae.* Nel secondo di que'due frammenti il Giureconsulto dice che se nella cosa comune alcuno de'comunisti abbia fatto un' opera e l'altro comunista non vi sia opposto, questi non potrebbe poi pretendere che l'opera venga distrutta. *Etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest ut tamen factum opus tollat cogi non potest.*

Laonde il semplice silenzio della persona interessata ad opporsi ad un fatto che accada in sua presenza, fa ritenere il suo assenso, cioè il suo consenso tacito (1).

Condizioni

§ 313. Questo è uno dei punti importanti ed intrigati del diritto e bisogna perciò cominciare dalla definizione della condizione. La quale è—*Circumstantia a qua res suspenditur tamquam ab incerto, et futuro eventu*—Si dice *circumstantia* perchè la esistenza di un atto giuridico e degli effetti di esso si rimette alla esistenza di un avvenimento. Si dice *a qua res suspenditur*, perchè la circostanza medesima deve apportare una sospensione al diritto od alla risoluzione di esso. Si dice *tamquam ab incerto et futuro eventu*, perchè l' evento deve riunire i due caratteri d' incerto e di futuro.

Di che segue che se l' avvenimento è certo, sebbene sia futuro, non si ha condizione, ma si ha un termine, come ad esempio se il testatore lasci ad alcuno un legato, ovvero se taluno si obblighi a dare ad altri una somma quando sarà nominato il successore dell' attuale Presidente del Senato. Segue del pari che se l'avvenimento è incerto, ma è presente o passato, non si avrà una condizione, e

(1) La teoria è uniforme per Codice Civile, art. 1098.

Digitized by Google

dovrà soltanto vedersi se l'avvenimento sia o no accaduto per dare forza o per non darla all' atto giuridico, come ad esempio se il testatore istituisca erede Tizio, ovvero se alcuno si obblighi a dare qualche cosa a Tizio, quante volte nel giorno stesso o nel giorno innanzi sia stato ricevuto in udienza il principe Vladimiro dal Papa (1).

La divisione più semplice che possa farsi delle condizioni e che viene intanto ad abbracciarle tutte, è di condizioni sospensive e risolutive, possibili ed impossibili.

Condizioni sospensive e risolutive.

§ 314. Per diritto Romano la condizione era considerata sempre come sospensiva (*circumstantia à qua res suspenditur*), ma la si distingueva in condizione sospensiva per riguardo al diritto e condizione sospensiva per riguardo allo scioglimento del diritto, mentre i codici moderni chiamano sospensiva la condizione nel primo caso e risolutiva nel secondo.

La differenza è di parole, ma la teoria non è facile e per riuscire chiari porteremo due esempi.

1.° Ti vendo la mia casa se la mia nave torni dalle Indie.

2.° Ti vendo la mia casa, ma se mio fratello torni dalle Indie, la vendita sarà risoluta.

Nel primo esempio si avrà la condizione sospensiva applicata al diritto, ossia la vendita non esiste se la nave non torni dalle Indie. Nel secondo esempio si avrà la obbligazione pura e semplice, ma con la condizione sospensiva per la sua risoluzione. Val dire in questo secondo caso il diritto passa dall' uno all' altro contraente, ma è risolubile per una condizione sospensiva appostavi. Di vero si avverta che in codesto secondo esempio noi abbiamo due proposizioni: la prima si riferisce al diritto, che passa dall' uno all'altro contraente ed è obbligazione pura e semplice. *Ti vendo la mia casa:* la seconda proposizione si riferisce allo scioglimento del diritto, ed è obbligazione condizionale e sotto condizione sospensiva. *Ma se torna mio fratello dalle Indie la vendita sarà risoluta.* Qui sta l' avvenimento futuro ed incerto che mantiene sospeso a mio pro il diritto conferito puramente e semplicemente a te.

I codici moderni chiamano condizione sospensiva la condizione apposta al diritto, come sarebbe nel primo esempio, e condizione risolutiva quella apposta allo scioglimento del diritto come sarebbe nel secondo. Ma nella realtà vi è sempre condizione sospensiva e

(1) Teoria uniforme, arg. art. 848, 851, 1157.

Digitized by Google

nel primo e nel secondo esempio, e l'unica differenza fra i due casi è che nel primo la condizione è apposta al diritto, e nel secondo è apposta allo scioglimento del diritto.

La cosa è semplice e chiara, ed i Giureconsulti Romani avevano ragione. Facciamo un altro esempio. Tizio vende la casa a Cajo se questi prende moglie; fino a che Cajo non prenda moglie egli non è padrone della casa; il diritto non gli passa sin quando non abbia preso moglie. Gli passa soltanto la speranza di aver la casa. *Pendente conditione nondum debetur, sed spes est debitum iri.* Ma facciasi l'altro caso che Tizio venda la sua casa a Cajo col patto che se questi prenda moglie la vendita sarà risoluta, il diritto passa all'istante, perchè Cajo à subito la casa ma dovrà restituirla se prende moglie. La condizione è apposta alla risoluzione del contratto, ma il diritto passa. In altri termini, l'obbligazione interceduta fra Tizio e Cajo in questo secondo esempio è obbligazione pura e semplice, perchè la casa resta all'istante a lui venduta, ma la vendita si risolve sotto la condizione che Cajo prenda moglie. La condizione è apposta alla risoluzione del contratto, ma il diritto passa — In altri termini, l'obbligazione contratta fra Tizio e Cajo in questo secondo esempio è obbligazione pura e semplice, perchè la casa resta all'istante a lui venduta; ma la vendita si risolve sotto condizione che Cajo prenda moglie. Ecco perchè i Giureconsulti Romani, logici per eccellenza, in questo secondo caso dicevano, *obligatio pura quae sub conditione resolvitur.* I codici moderni han reso più pratiche tali idee chiamando la condizione nel primo caso sospensiva e nel secondo risolutiva, i quali nomi sono pure adoperati da autorevoli scrittori odierni di diritto Romano.

Or, ritenendo pure la nomenclatura moderna, che è più chiara, è da osservare che se si fa un contratto con condizione sospensiva per una parte, l'altra parte si trova sotto condizione risolutiva, e viceversa se si fa un contratto con condizione risolutiva per una parte, l'altra parte si trova sotto condizione sospensiva. I termini delle due condizioni sospensiva e risolutiva sono correlativi.

Così per gli esempi innanzi indicati.

1. *Ti vendo la mia casa, se torna la mia nave dalle Indie,* tu non hai il diritto, ma hai la speranza, il germe del diritto, cioè sei proprietario se si verifichi l'evento, che la nave torni dalle Indie, ed io resto proprietario alla risolubilità se si verifichi quel medesimo evento.

2. *Ti vendo la mia casa, ma la vendita sarà come non fatta se torna mio fratello dalle Indie,* tu sei proprietario soggetto a condizione risolutiva, val dire lasci di esser proprietario se si verifichi

Digitized by Google

quell' evento, ed io resto proprietario sotto condizione sospensiva, valdire ho la speranza, ho il germe del diritto, cioè sarò proprietario se si verifichi quell'avvenimento.

Vedutosi in che propriamente consiste la condizione sospensiva e risolutiva, la quale ha la natura identica tanto nei contratti che nei testamenti, e senza più dilungarci portando esempii, che ciascuno può fare a piacere anche per la materia testamentaria, dobbiamo avvertire che per diritto Romano gli effetti son diversi in quelle due materie. Nei contratti e nei legati reggono e la condizione sospensiva e la condizione resolutiva. Invece nelle istituzioni di erede regge la condizione sospensiva, ma non è ammessa e si ritiene come nulla la condizione risolutiva, restando però valido e fermo il testamento.

La ragione per la quale la condizione risolutiva è valida nei contratti e ne' legati, ed è nulla nella istituzione di erede, dipende in diritto Romano dacchè v' era molta forza nella istituzione di erede alla quale (come meglio vedremo nel dritto di eredità) i Giureconsulti davano grande risalto e molta importanza, avendo l' erede un carattere di vita e di personalità che lo identifica col defunto, mentre il legatario ha rapporto soltanto con un bene patrimoniale ed il contraente entra in un semplice rapporto di dritto con l'altro contraente per uno scambio di cose o di forze.

Fu perciò che i Romani stabilirono la massima, *Semel heres, semper heres.* Divenuto alcuno erede, doveva restar sempre tale, senza che potesse variarsi il giuridico rappresentante del defunto. E il rappresentante si sarebbe variato qualora si fosse ammessa la condizione risolutiva.

Nei contratti e nei legati invece è bene indifferente che la cosa data ad alcuno torni al primiero padrone, ovvero si restituisca a chi venne caricato del legato, laddove accada un avvenimento che si fosse preveduto nella fatta stipulazione o nel legato. (1)

(1) Per Codice Civile le condizioni così sospensive come risolutive reggono tanto nella materia contrattuale quanto nella materia testamentaria, sia per la istituzione di erede, che per i legati, art. 848, 851, 853, 854, 855, 856, 857, 1127, 1157, 1159, 1160, 1170, 1171. La massima, *semel heres semper heres*, non è riconosciuta, avendo perduto d'importanza la istituzione di erede. Di vero nell' art. 848 si dice che la istituzione può farsi sotto condizione, senza alcuna limitazione alla sola sospensiva. Nè ciò si è fatto a caso, perciocchè parla la legge anche genericamente di condizione nell' art. 856 e restringe parecchie disposizioni alle sole condizioni sospensive art. 853, 857. Per argomento dell' art. 855 può intanto ritenersi che l' erede istituito sotto condizione risolutiva sia tenuto a dare cauzione, o altra sufficiente cautela per il caso, in cui accada l' avvenimento preveduto. Le ragioni della molta importanza, che davasi in diritto Romano alla istituzione di erede, importanza che è mancata per diritto vigente, saranno svolte nel diritto di eredità.

Digitized by Google

Ritenuto che la condizione è soltanto sospensiva nella istituzione di erede ed è sospensiva e risolutiva nei contratti e nei legati, è a sapere che se la istituzione di erede è fatta sotto condizione sospensiva e l' erede muoia prima che la condizione si verifichi, egli non trasmette alcun diritto agli eredi istituiti e la istituzione si rende caduca. La ragione è che la istituzione di erede è interesse tutto affatto personale, cioè limitata alla persona di quel solo che è stato istituito, perciocchè si presume che il testatore abbia voluto beneficar lui solo e non altri. (1)

La regola è diversa nei contratti, ne' quali si osserva invece che se il creditore muoia prima che si verifichi la condizione sospensiva o risolutiva che sia, anche la speranza passa agli eredi, il contratto resta fermo , e se la condizione abbia poi il suo compimento, gli eredi hanno il diritto che avrebbe avuto il loro autore se fosse ancora in vita. La ragione è che chi contratta lo fa per se e per i suoi eredi, perchè guarda all'interesse suo e dei suoi. (2)

Intanto fino a che la condizione sospensiva non si verifichi, o fino a che non si sia certi che la condizione non possa più verificarsi , l' atto giuridico dà la sola speranza , e per ciò non può avere effetto , ma per la istituzione di erede deve provvedersi a' beni ereditarii. Il diritto Romano dava la *bonorum possessio* all' erede istituito, obbligandolo però ad una cauzione per la restituzione quante volte la condizione non si verificasse.

I Giureconsulti credevano che , nei casi ordinarii, facilmente venisse a verificarsi la condizione, facendo così a fidanza sulla serietà e sui calcoli del testatore, onde preferivano l' erede istituito nel possesso dei beni *pendente conditione*. (3)

---

(1) Teoria uniforme, art. 853.

(2) Teoria uniforme, art. 1127, 1170. Che se la istituzione di erede è fatta sotto condizione risolutiva, la qual cosa è oggi permessa, come abbiamo innanzi avvertito, e l'erede istituito muoja prima che si verifichi tale condizione, i successori di lui sono obbligati alla risoluzione se mai accada l' avvenimento preveduto. A maggior ragione vi è tenuto l'erede se l'avvenimento segua durante la sua vita. La ragione è chiara. La istituzione di erede, come il legato, son vantaggi personali, e se come vantaggi non possono passare a' successori universali prima che il diritto siesi reso puro e semplice, ciò non toglie menomamente che quando il diritto siesi acquistato, e al diritto è collegato un obbligo, i successori universali debbano adempire a tale obbligo.

(3) Il codice civile, più diffidente del diritto Romano, preferisce invece quelli che raccoglierebbero la eredità se non si verificasse la condizione, anche perchè essi hanno interesse diretto per la conservazione dei beni. E dà ad essi i carichi e le facoltà dei curatori delle eredità giacenti. Il codice però lascia all'autorità giudiziaria la facoltà di provvedere altrimenti, art. 857, 858, 859, 860, 861.

Digitized by Google

E fino a che non si verifichi la condizione risolutiva, o fino a che non si sia certi che non possa verificarsi, l'atto giuridico (nei casi in cui tal condizione è ammessa) à pieno vigore. Se poi si è certi, che la condizione non possa più verificarsi, cessa l' evento della risoluzione, e l'atto giuridico vale come se non fosse mai stato soggetto a condizione. Se invece la condizione risolutiva si verifichi, l'atto giuridico si risolve e ne cessano gli effetti, come se non fosse stato mai conchiuso. Fr. 2. pr. *de in diem addictione* 18.2. F. 1. *de lege commissoria* 18. 3. Fr. *de contrahenda emptione* 18. 1. Fr. 2. § 3. *pro emptore* 41. 4. (1)

Condizioni possibili.

§ 315. La condizione è possibile quando può verificarsi.

Essa si distingue in potestativa, casuale, e mista.

La potestativa è quella che è in arbitrio di chi ha un diritto condizionato, come ad esempio, *se andrai a Roma, o non vi andrai.*

Tale condizione può essere affermativa o negativa. Affermativa quando si tratta di fare. — *Se andrai a Roma.* Negativa quando si tratta di non fare — *Se non andrai a Roma.*

Che se la condizione potestativa è tale che dipenda da essa la obbligazione e questa possa prender vigore soltanto per volontà di colui che si è obbligato, la obbligazione è nulla, come ad esempio *ti darò L. 1000 se vorrò*, ovvero *ti daro L. 1000 se a me piacerà.* La ragione è che in tal caso mancherebbe nel promittente la volontà di obbligarsi, e la condizione non sarebbe in arbitrio di chi à il diritto, ma sarebbe in arbitrio di chi à il dovere. *Nulla promissio potest consistere quae ex voluntate promittentis statum capit.* Fr. 108. § 1. *de verborum obligat.* 45. 1. veggansi pure Fr. 46. § 3. detto titolo e Fr. 35. § 1. *de contrahenda emptione* 18. 1.

La condizione casuale è quella, il cui evento dipende da un accidente fortuito o dalla volontà di un terzo, come ad esempio — *Se i Turchi vinceranno i Russi, se tuo fratello non cambia religione.*

La condizione mista è quella che dipende ad un tempo e da chi ha un diritto condizionato, e dal caso, ovvero dal terzo, come ad esempio — *Se sarai nominato senatore e fabbricherai un palazzo a Roma.* Fr. 13. *de adquirenda hereditate* 29. 2. L. un. § 7. Cod. *de caducis tollendis.* 6. 51. (2)

Or per queste condizioni possibili vanno applicate tre regole.

(1) Teoria uniforme, art. 1158 capov. e 1164.

(2) Teoria uniforme, art. 848, 1159, 1162.

Digitized by Google

La prima è che tutte deggiono verificarsi perchè l'atto giuridico possa aver luogo. Che se le condizioni siano più e vengano imposte alternativamente, in tal caso basta che se ne verifichi una. Fr. 5. *de conditionibus istitutionum.* 28. 7. Fr. 78. § 1 *de conditionibus et demonstrationibus* 35. 1. (1)

La seconda è che la condizione si ritiene per adempita quando la parte, a cui recherebbe danno l' adempimento, lo impedisce. *Jure civili receptum est quotiens per eum cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset* — Fr. 161, *de regulis Juris* 50, 17 (2).

La terza è che la condizione negativa non impedisce all'erede di apprendere la eredità, purchè dia cauzione che egli non farà o non darà, siccome gli è stato imposto dal testatore. Questa è la cauzione che dal suo inventore è stata chiamata Muciana. Fr. 7, *de conditionibus et demonstrationibus*, 35, 1. Ma tale regola è diversa nei contratti, ne' quali si osserva invece il principio che la condizione negativa sospende la esecuzione della promessa fino alla morte del promittente, se pure prima della morte non sia certo che il promittente non possa più contravvenirvi, § 4. Inst. tit. *de verborum obligationibus*, 3, 16. Fr. 115, § 1, ff. *ibidem.* 45. 1. Così, per esempio, se qualcuno avesse istituito erede un altro sotto condizione che non farà una determinata cosa, l'erede può adire la eredità dando cauzione che egli non contravverrà alla condizione impostagli, la qual cauzione salva l'interesse di colui che sarebbe chiamato a succedere laddove l'istituito vi contravvenisse. — Ma se alcuno promette una somma ad altri sotto condizione, che questi non farà una determinata cosa, lo stipulante creditore non potrà esiger la somma in sua vita, ma possono invece esigerla i suoi eredi, sempre quando non divenga certo per prima che lo stipulante non possa contravvenire alla condizione medesima, nel qual caso lo stipulante potrebbe esigerla mentre vive. La ragione della differenza è che il benefizio che si fa per testamento è personale, cioè riguarda la persona di colui, che il testatore ha voluto beneficare, ond'era d'uopo che questi ne godesse in sua vita dando cauzione. — Nei contratti si ha invece che chi contratta, lo fa per se e per gli eredi — Di più codesta specie di contratto è di stretto diritto, e non di buona fede, onde deve essere strettamente interpetrata, e non potrebbe ad esso trasportarsi una regola, che è propria della materia testamentaria. Cujacio *Obs.* L. 14, C. 32, (3)

(1) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 848 ed 857.

(2) Teoria uniforme, art. 1169.

(3) Per Codice Civile la teoria è uniforme, art. ed arg. art. 855, 1168 e 1171, benchè oggi tutti i contratti sieno di buona fede, art. 1124

Digitized by Google

Condizioni Impossibili.

§ 316. È impossibile la condizione allora che è certo, fin da quando fu apposta nell'atto giuridico, che l'avvenimento a cui la condizione si riferisce non può verificarsi per natura, per legge, o per buoni costumi — Bisogna chiarirlo.

1. Per natura sono impossibili quelle condizioni, che consistono in un avvenimento, il quale non può accadere per legge naturale, come, *Si flumen ebiberit, si coelum digito tetigerit*. Inst. § 11, *de inutilibus stipulationibus* 3, 19 — *Paulli sententiae* 3, 4 — Fr. 137, § 6, *de verborum obligationibus* 45, 1. (1).

2. Per legge sono impossibili quelle condizioni che verrebbero a violare una legge d'ordine pubblico, cui non può derogarsi, come ad esempio, se la condizione consistesse nel commettere un reato, preveduto e punito dal Codice penale, ovvero nel contravvenire alle leggi, che regolano i rapporti di famiglia, i diritti politici, ecc.

Or tra le leggi di ordine pubblico, primeggia quella della naturale libertà dell'uomo. Qui conviene per poco soffermarsi, per conoscere qualche principio direttivo, che faccia dirimere le frequenti ed aspre contese, che accadono sul proposito specialmente nella materia testamentaria.

La libertà è connaturale all'uomo, onde non può di regola essere intaccata quella dell'erede, ma la libertà è anche protetta ed assicurata dalla legge alla volontà del testatore. — Ed è certo intanto che di quanto si aumenti la libertà dell'erede di altrettanto si scema la libertà del testatore.

E in qual modo si mantiene l'equilibrio tra codeste due libertà, egualmente sacre?

Il principio di diritto è che la libertà nel volere de' testatori vale fino a quando non si incontri un ostacolo non già in qualunque libertà dell'uomo, ma invece vale fino a quando non si incontri uno ostacolo nella legge scritta. In questa deve trovarsi certamente, e chiaramente sanzionato il divieto della condizione imposta, altrimenti resterebbe offesa la libertà del testatore.

Codesto è il regolo direttivo delle svariate controversie che tutto giorno si presentano.

Così, per legge è sanzionata la nullità della comunione perpetua, imposta dal testatore ai suoi eredi, la nullità del divieto delle nozze ecc., ma è dichiarata la validità della comunione imposta dal testa-

(1) Teoria uniforme, arg. art. 849 1160.

Digitized by Google

tore per qualche tempo, la validità del divieto delle nozze che l'un coniuge faccia all'altro superstite.

Non è già che si debbano nella legge trovare scritti articoli tassativi che stabiliscano il divieto, ma nel diritto scritto deve trovarsi certo e luminoso il principio del divieto per potersi dire nulla una condizione.

Così se la libertà umana è toccata nella sua stessa essenza, come ad esempio se il testatore imponesse all'erede di star chiuso in una stanza per un decennio, la condizione sarebbe evidentemente nulla.

Non bisogna perder di mira che chi benefica ha il diritto d'imporre condizioni al beneficato, che al beneficato resta sempre la libertà di accettare o rifiutare la liberalità fattagli, e che non si può accogliere per un atto la parte favorevole e respingere la onerosa, meno quando la legge lo permetta — Onde deve prevalere la libertà del testatore alla libertà dell'erede, ma la libertà del testatore deve cedere di fronte alle moderazioni volute dalla legge, non essendo il testamento di solo diritto naturale, ma di diritto naturale e civile, insieme, come diremo a suo luogo.

La condizione si avrà come impossibile per legge, e perciò come nulla, soltanto nel caso che nella legge si trovi scritto il principio che ciò che si pretende come condizione dal testatore, è contrario all'ordine pubblico, e non vi si possa affatto derogare. (1)

Specialmente dobbiamo poi far parola delle condizioni a proposito di nozze.

È nulla, e si ritiene come non scritta la condizione per la quale direttamente o indirettamente si vieta in modo assoluto di contrarre le prime o le ulteriori nozze, essendo le nozze la base della famiglia e della società, lo stato naturale e il compimento dell'uomo, e la fonte dell'onestà.

Abbiamo detto *direttamente o indirettamente*, perchè potrebbe il divieto imporsi in via indiretta, come ad esempio istituendo erede il padre di una fanciulla, e imponendogli di contrariare le nozze di lei; ovvero imponendo all'erede di dipendere pel suo matrimonio dalla volontà di un terzo.

Abbiamo detto *vieta* le nozze, perchè è invece valida la condizione che imponga di contrarle — *Aliud est enim matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium invitari*. Fr. 71 § 1. *de conditionibus et demonstrationibus*, 35, 1. Savigny cap. 123 nota 4.

La imposizione di tal condizione porterebbe tutti i vantaggi che si convertono in danni pel divieto — Ed è perciò che il matrimonio va sempre raccomandato e protetto.

(1) Teoria uniforme, arg. art. 849 e 1160.

Digitized by Google

Abbiamo detto vieta *in modo assoluto*, perchè sarebbe valida la condizione di non contrarre matrimonio con una determinata persona, per la ragione che all'istituito resta illimitata libertà di scelta con altre (*cum alii cuilibet satis commode possit nubere*. Fr. 63. pr. *de conditionibus et demonstrationibus* 35. 1.). Come del pari sarebbe valida la condizione di contrarre matrimonio, con una determinata persona, perchè il testatore ha potuto calcolar molto pel bene della sua famiglia o per altre gravi ragioni sulla evenienza di codesto matrimonio, e d'altronde l'erede, a cui non piacesse di contrarlo, può non accettare la fattagli liberalità — Pongasi, ad esempio, che il testatore abbia una figlia, o una sorella, ed istituisca erede un lontano parente od un amico, purchè se la tolga in moglie, e si vedrà subito quali potenti affetti abbiano mosso il testatore, e quanto calcolo egli abbia fatto su tale matrimonio pel bene de' suoi congiunti — Ma si avverta che codesta libertà del testatore d'istituire alcuno sotto condizione della unione coniugale, con persona determinata, ha i suoi limiti nella onestà della persona designata (*et quidem si honeste possit nubere*. Fr. 7. § 1. e Fr. 63. § 1. *ibidem*), al segno che se la onorabilità dell'erede venga ad esser compromessa, la condizione si ha come non scritta — La ragione è che l'onore rientra in certo qual modo nello stato della persona — Così ad esempio, se ad un uomo di onore s'imponga di ligarsi in matrimonio con una prostituta, se ad una donna onorata si faccia obbligo di sposare un ladro, si vede presto che il legame è ributtante, e la condizoine perciò è nulla (1).

Per altro al principio della nullità del divieto delle nozze si fa una doppia eccezione.

La prima è pel caso in cui il coniuge istituisca erede l'altro coniuge sotto condizione di vedovanza — Questa condizione regge, perchè non è giusto che, contro il volere del coniuge defunto, il nuovo coniuge cui il coniuge vedovo si unisce, goda le ricchezze da lui lasciate, perchè con la vedovanza più che col nuovo matrimonio di ordinario si provvede al meglio della prole, e perchè la memoria del coniuge defunto resta onorata con la vedovanza del sopravvivente. Novella 22 Cap. 43 e 44 — L. 2 e 3 Cod. *de indicta viduitate* — Questa eccezione fu fatta da Giustiniano, mentre prima di lui si erano avute sul punto della condizione di vedovanza fasi ben curiose — Nell'antico diritto romano si riteneva nulla la condizione di

(1) Teoria uniforme, art. 850 prima parte, anche perchè tale articolo non dichiara nulla anche la limitazione alla libertà delle nozze, come facea qualche altro codice ch'era in vigore in Italia.

Digitized by Google

vedovanza imposta da un coniuge all' altro, perchè voleasi proteggere più che altro la procreazione de' figliuoli — Fu emanata poi la legge Giulia Miscella, che alcuni sostengono essere stata la legge Giulia Papia Poppea, e si volle il giuramento della vedova la quale dovea assicurare che ella si rimaritava non per le nozze, ma per la procreazione dei figli — Le vedove giuravano e spergiuravano con facilità, smaniose com'erano di rimaritarsi, e Giustiniano abrogò il giuramento, e dichiarò valida quella condizione — Veggasi il Capo 43 della Novella 22, ed Einnecio Commento alla legge Giulia Papia Poppea lib. 2 Cap. 16. (1)

La seconda eccezione è pel caso di legato di usufrutto o di altra simile prestazione durante la vedovanza, perchè allora si ha un vero egato a termine, ed il testatore è mosso dal sentimento pietoso di sovvenire il legatario finchè non passi ad altre nozze. (2)

3. Per buoni costumi sono impossibili quelle condizioni che offendono la pubblica moralità. E per pubblica moralità s' intende, non ciò che si crede bene o mal fatto in una regione o anche in un Regno, ma ciò che accetta come morale la coscienza umana — Così sarebbe immorale la condizione imposta ad una donna di far la prostituta. (3)

Ma si avverta che le condizioni impossibili se si hanno come non scritte ne' testamenti, i quali perciò restano validi, annullano invece le convenzioni cui si fossero apposte. La ragione è che chi contratta con condizioni somiglianti rivela nettamente che ha voluto scherzare, se pure non sia un pazzo — Come di fatti potrebbe prendersi sul serio la promessa che alcuno facesse di una somma qualunque, se altri dovesse, ad esempio, toccare il cielo col dito, o beversi tutta l'acqua di un fiume? Le volontà de' contraenti non han potuto assolutamente incontrarsi sopra un punto derisorio, nè per divieto della legge possono incontrarsi se il punto sia contrario all' ordine pubblico o a' buoni costumi. Ne' testamenti per converso, la volontà dell'erede non consente certo a quelle stravaganze o a quelle indegnità, e intanto deve presumersi che il testatore quando fece il testamento volle che la sua disposizione avesse effetto. (4)

---

(1) Teoria uniforme art. 850 capov. 2.

(2) Teoria uniforme art. 850 capov. 1, ma il Codice aggiunge inoltre anche *durante il celibato.*

(3) Teoria uniforme art. 849.

(4) Teoria uniforme art. 849 e 1160.

Digitized by Google

Termine

§ 317. Il termine apposto ad un atto, che costituisca un rapporto di diritto, fa sì che l'esercizio del diritto costituito o cominci o cessi al verificarsi del termine medesimo.

Quando il termine fa cominciare l'esercizio del diritto, si chiama termine primordiale, ovvero *dies a quo*, e il diritto si dice *ex die*— Così per esempio, Tizio fa un legato di lire mille a Cajo da pagarglisi un anno dopo la sua morte; ovvero Tizio si obbliga di pagare lire mille a Cajo dopo un anno dalla contratta obbligazione. Il termine in cui (*a quo*) deve eseguirsi il testamento o il contratto è a capo di un anno, e il diritto del legatario o del creditore ha il suo esercizio *ex die*, cioè dopo decorso l'anno.

Quando invece il termine fa cessare il diritto, si chiama termine finale, ovvero *dies ad quem*, e il diritto si dice *in diem* o *ad diem*— Così, Tizio fa un legato di dieci ettolitri di grano all' anno a Cajo per dieci anni, ovvero Tizio si obbliga di dare dieci ettolitri di grano all'anno a Cajo per dieci anni — Il termine in cui il diritto di Cajo si estingue (*ad quem*) si verifica trascorso che sia il decennio, cioè il diritto si estende fino a quel giorno, onde si dice *in diem*, ovvero *ad diem*.

Per lo che il termine si ha, non quando il tempo trascorre per sospendere il diritto o la risoluzione del diritto, nel quale caso si ha una condizione, ma quando ritarda l' adempimento del diritto già certo ed esistente, ovvero estingue l' esercizio del diritto medesimo.

Or è principio indubitato che può apporsi un termine, primordiale o finale che sia, ne' legati e ne' contratti, ma non lo si può apporre nelle istituzioni di erede, e quando vi si fosse apposto, *pro supervacuo placet et perinde esse ac si dure heres institutus esset.* (1)

La ragione per la quale in Diritto Romano non si ammetteva il termine nella istituzione di erede, stava nella massima — *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere* — dappoichè, ammettendosi il termine, si sarebbe facilmente avuta la successione intestata o prima che il termine cominciasse, o dopo che il termine fosse spirato.

Che se non vi fosse stato pericolo di concorso di successione te-

(1) Teoria uniforme art. 851, 856, 1172 — Vedine la ragione alla seguente nota.

Digitized by Google

stata ed intestata, ma si fossero avuti più eredi gli uni successivi agli altri ad intervalli, tale istituzione si avea per fedecommesso (1).

Il termine può essere certo ed incerto.

È certo quando è chiaramente designato il giorno, come negli esempii or ora esposti.

È incerto quando il termine è congiunto ad un avvenimento come ne' seguenti tre esempii — 1. Tizio lega 1000 lire a Cajo quando questi diverrà senatore — 2. Tizio lega 1000 lire a Cajo quando questi compirà i 30 anni — 3. Tizio lega 1000 lire a Cajo quando morirà il padre di costui — Gli stessi esempii potrebbero farsi per la materia contrattuale, essendo identica la teoria, e così — Tizio si obbliga di dare 1000 lire a Cajo quando questi diverrà senatore — ovvero quando compie i 30 anni — ovvero quando gli muore il padre.

Pertanto possono accadere tre casi.

1. O è incerto se e quando accada l' avvenimento (*incertus an et quando*) come nel primo di que' tre esempii — *quando diverrai senatore*.

2. O è incerto se accada l' avvenimento, ma è certo il quando (*incertus an*, *certus quando*) come nel secondo de' suddetti esempii — *quando compirai* 30 *anni*.

3. O è incerto il quando, ma è certo l' avvenimento (*certus an*, *incertus quando*), come nel terzo di quegli esempii — *quando muore tuo padre*.

Premesse codeste idee, possono agevolmente intendersi i principii di diritto per riguardo al termine.

Essi sono.

1. Se il termine è *incertus an et quando* (*quando diverrai senatore*) non si avrà un termine, ma invece una condizione perciocchè vi si riscontrano gli estremi proprii della condizione, cioè l' incerto e il futuro; e la proposizione — *ti darò* 1000 *quando diverrai senatore* — vale evidentemente come se si fosse detto — *ti darò* 1000

(1) La ragione per Codice Civile è che l' ordine successivo di una eredità da godersi per un dato termine da un erede, e da passarsi pel termine seguente ad altri eredi, fossero pure legittimi e per successione intestata, costituirebbe un fedecommesso che è vietato, art. 899, mentre finchè il termine non spira, i beni rimangono vincolati dal divieto di alienazione, e sono così sottratti al libero commercio — Non si è creduto però dal legislatore di ritenere la stessa regola pe' legati, i quali in tale ipotesi non costituirebbero un fedecommesso, principalmente perchè manca ne' legati la rappresentanza giuridica del defunto, e perchè d' ordinario i legati sono ristretti a scarsa sostanza (*delibatio hereditatis*), art. 851, 856, 899, onde non si dovea essere così rigorosi, come si é nella eredità.

Digitized by Google

se diverrai senatore — *Dies incertus an et quando extiturus sit pro conditione habetur*. Fr. 75 *de conditionibus et demonstrationibus* 35 l. (1).

2. Se il termine è *incertus an*, ma *certus quando*, cioè se è incerto che accada l' avvenimento, ma è certo il tempo (*ti darò* 1000 *quando compirai trenta anni)* si avranno insieme una condizione e un termine, perchè è futuro e incerto se la persona giunga a'trenta anni, e giungendovi non potrebbe ella pretender la somma pria di quel tempo.

Onde di regola deve verificarsi la condizione ed arrivare il tempo designato. Vale a dire in tal caso bisogna giustificare e la condizione e il termine.

Nondimeno può accadere che in tal caso siasi voluto soltanto differire l' efficacia dell' atto giuridico, cioè siesi voluto apporre soltanto il termine e non la condizione — La è quistione d' interpetrazione della volontà di lui. Nel Corpo del Diritto si riportano tre esempii, due di legati di danaro, ed uno di fedecommesso lasciati a persone le quali morirono pria di giungere agli anni designati dal testatore, e per tutti e tre i casi si decide che si volle imporre un termine e non una condizione, sicchè gli eredi di coloro aveano diritto a pretendere e i legati e il fedecommesso, ciò che non avrebbero potuto se si fosse ritenuta anche la condizione. (2)

3. Se poi il termine è *certus an*, ma *incertus quando*, cioè se è certo che accada l' avvenimento, ma è incerto il quando come sarebbe la morte, si può avere in alcuni casi e la condizione e il termine, ed in altri casi il solo termine senza la condizione.

Si avranno e termine e condizione quando l'avvenimento è ascritto ad un estraneo, perchè (giusta l' esempio ora detto — *quando muore tuo padre*) — v' è il termine non potendo aversi la somma prima della morte del padre, e v'è la condizione, trattandosi di avve-

(1) Teoria uniforme, arg. art. 853, 1158.

(2) La teoria è unifórme per Codice Civile, ed è questa la vera intelligenza dell' art. 854, il quale è stato variamente e da taluni scrittori stranamente spiegato per rapporto a' principii che lo informano — Ma qui si avverta la logica rigorosa del Diritto Romano, logica che talvolta non osserva il Codice Civile — Il Diritto Romano non ammetteva mai le istituzioni di erede a termine, e permetteva che si potessero fare a termine i legati e i fedecommessi — Il Codice Civile dichiara che non ammette le istituzioni di erede à termine con l'art. 851, ma poi le ammette nel caso dell' art. 854, senza che il legislatore si fosse fidato di dire che ammetteva il termine nella istituzione di erede fatta secondo la ipotesi dell' art. 854, e di esprimer chiaramente che con l'art. 854 si faceva per la istituzione di erede una eccezione al principio stabilito nell' art. 851 — Per altro la eccezione odierna è giustificata da che con essa non si urta il principio dell' abolizione de' fedecommessi, e d' altronde oggi si ammette il concorso della successione testata ed intestata.

Digitized by Google

nimento futuro e incerto, perchè non può sapersi chi muore prima, cioè se muore prima il padre o quello a cui deve darsi il danaro, ciò che è importantissimo ne' legati, per la ragione che se il legatario muore prima che si verifichi l'avvenimento, il legato si estingue. (1)

Si avrà il solo termine quando l' avvenimento sia ascritto alla stessa persona che deve raccogliere il diritto (come ad esempio — *ti lego* 1000 *da dartisi quando morirai* — ovvero — *ti prometto* 1000 *da dartisi quando morirai*) (2). La ragione è che in questo caso niente v' è d' incerto, e soltanto la esecuzione si differisce al tempo della morte — Sebbene poi in realtà il vantaggio viene ad essere sempre degli eredi, pure è certo che il legato o il contratto sarebbero proprii della persona che muore, perchè la frase *quando morirai* (*cum morieris*) si riferisce al tempo della vita e non della morte. (3)

Inoltre v' ànno tre altri principii di diritto.

Il primo è che il termine primordiale apposto a' legati o a' contratti non impedisce mai di raccogliere il diritto, il quale passa sempre agli eredi, anche quando il legatario o il contraente muoiano prima che il termine giunga (4) — Ma ciò non è pe' legati soggetti a condizione, pe' quali (al pari delle istituzioni di erede si osserva la regola che se il legatario muoia prima che la condizione si verifichi, il legato svanisce, e la ragione è che nel termine passa il diritto e nelle condizioni passa la sola speranza.

Il secondo è che ne' legati a termine si à il diritto non appena è morto il testatore, siccome ne' contratti si à il diritto non appena che sian formati, ma non si può pretenderne l' adempimento se non dopo decorso il termine. (5)

Il terzo è che se l' erede per un legato a termine, o il debitore per un contratto a termine paghino prima della scadenza, non possono ripetere ciò che ànno pagato anticipatamente, anche quando avessero ignorato il termine medesimo. La ragione in Diritto Romano consisteva in ciò che la *condictio indebiti* era di stretto diritto, e perciò non si poteva accordarla se non a chi rigorosamente aveva pagato ciò che non doveva. (6)

---

(1) Teoria uniforme, art. 848, 851, 854, 856, 1157, 1172.

(2) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 848, 851, 854, 856, 1157, 1172.

(3) Teoria uniforme, articoli suddetti.

(4) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 851, 854, 856, 1127, 1170.

(5) Teoria uniforme, art. 856, 1174.

(6) Teoria uniforme art. ed arg. art. 851, 856, 1174 — Ma oggi, essendo tutte le obbligazioni di buona fede, art. 1124, la ragione è che il pagamento sempre era certamente dovuto.

Digitized by Google

Modo

§ 318. *Modo* in linguaggio filosofico significa accidentalità che non altera la sostanza, maniera diversa di essere di un ente qualunque.

In linguaggio legale ha il senso di accidentalità, che può accompagnare gli atti giuridici, e specialmente le donazioni e le disposizioni testamentarie per un peso od obbligo imposti dal donante o dal testatore, ovvero per un impiego o destinazione di cosa di cui il donante o il testatore dispongono.

Il modo può essere positivo o negativo. Positivo quando si tratta di dare o di fare qualche cosa, come ad esempio, di fare un monumento. Negativo quando si tratta, di non dare o di non fare, ad esempio, di non proseguire una lite.

È regola che il modo è obbligatorio soltanto allora che un terzo abbia interesse legittimo a domandarne l'adempimento, fosse anche l'autorità pubblica.—Senza codesto interesse di terzi, ed essendovi l'interesse del solo erede o legatario, il modo costituisce una raccomandazione, che va rimessa alla discrezione di chi ne è gravato. Così se un testatore lasci ad alcuno una somma affinchè possa comprare un appezzamento di terreno che gli è contiguo, può egli non comprarlo.

Ove si tratti di vero modo, e questo sia negativo, l'erede o il legatario, che ne è gravato, deve dar cauzione o altra cautela per l'adempimento.

Il modo poi si converte in legato, ossia il modo non è nè più nè meno di un legato, quante volte consista in una prestazione o in un fatto imposti dal testatore all'erede in favore di un terzo. Savigny § 129.

Intanto il modo risente in qualche parte della natura delle condizioni, ma ne differisce essenzialmente perchè:

1. Il modo è un obbligo accettato dal donatario, dall'erede, o dal legatario col fatto stesso dell'accettazione della donazione, dell'eredità, o del legato. La condizione è un evento futuro ed incerto, che arreca una sospensione al diritto, o alla risoluzione del diritto conferito. *Nec enim parem dicemus eum cui ita datum sit si monumentum fecerit et ei cui datum est ut monumentum faciat.* Fr. 80 *de conditionibus et demonstrationibus.* 35. 1. Veggasi anche leg. 2. Cod. *de his quae sub modo legata relinquuntur* 6. 45. e Fr. 41. pr. *de contrahenda emptione,* 18. 1.

2. Il modo è coercitivo, potendo un interessatoc ostringere ch

Digitized by Google

ne è gravato. La condizione non è coercitiva. Fr. 40, § 5. Fr. 71. pr. § 1. 2. Fr. 80 *de conditionibus et demonstrationibus*. 35. 1. Ond'è che il Savigny bellamente dice che la condizione sospende ma non costringe, e che il modo costringe ma non sospende. Savigny § 231.

Ma qualche punto di contatto vi è tra il modo e la condizione, e così si ha per non scritto il modo che riesca impossibile per natura, per legge, o per buoni costumi.

Molte volte riesce difficile conoscere se una donazione, una istituzione, o un legato sieno fatti *sub modo* ovvero *sub conditione*, ed allora la questione è tutta di fatto e resta abbandonata all' arbitrio del magistrato. Ma la regola è che se apparisca essere stata intenzione del donante, o del testatore, che il donatario, l' erede, o il legatario, non soddisfacendo al peso, non vengano perciò a decadere dalla donazione, dalla istituzione, o dal legato, si avrà il modo; e se invece apparisca che la intenzione di quelli fu che la donazione, l' istituzione, o il legato valessero quando si fosse adempito al peso, o che costoro decadano se non soddisfacciano al peso, si avrà la condizione sospensiva o risolutiva secondo i casi.

Nel dubbio se si tratti di un modo o di una condizione bisogna ritenere il modo come meno gravoso. (1)

Rappresentanza negli atti giuridici.

§ 319. La rappresentanza è l' imprendere un' azione giuridica in luogo altrui con la intenzione ed all' effetto che valga come azione della persona rappresentata.

Per diritto romano antico la rappresentanza non era riconosciuta perchè non se ne sentiva il bisogno, mentre non erano molto estese le relazioni commerciali e facevansi gli acquisti per mezzo degli schiavi e dei figli, dappoichè tutto ciò che essi acquistavano era del padrone o del padre.

I rappresentanti vennero in qualche modo e limitatamente ammessi specialmente nel diritto romano nuovissimo, come diremo nei luoghi opportuni, ma tranne pochi casi eccezionali, sempre in diritto Romano si ebbe la massima, *per extraneam personam nihil acquiri potest*.

La teoria della rappresentanza negli atti giuridici si ebbe larga e completa nel medio evo quando generalmente venne introdotto il principio che se in un atto giuridico colui che manifesta la propria volontà faccia conoscere che agisce come rappresentante di una terza

---

(1) Per Codice Civile la teoria è uniforme, art. ed arg. art. 848, 855, 868, ed 869.

Digitized by Google

persona, tale dichiarazione produce lo stesso effetto che avrebbe prodotto se l'avesse fatta il rappresentato, sempre quando però il rappresentante non ecceda i limiti prefissigli dalla legge o dal mandato ricevuto. (1)

La rappresentanza poi si distingue in necessaria e volontaria.

È necessaria per le persone giuridiche, e per quelli sottoposti alla patria potestà, a tutela, o a cura. Per le persone giuridiche i rappresentanti sono determinati o dagli Statuti dell'Ente, ovvero dalla legge. Pei figli minori il rappresentante è il padre; per quelli sottoposti a tutela o a cura, il tutore o il curatore. (2)

È volontaria la rappresentanza nel mandato, e nella gestione dei negozi di cui parleremo nei contratti. (3)

Per riguardo alla rappresentanza negli atti giuridici, oltre al principio direttivo innanzi cennato ed avutosi nel medio evo, si hanno gli altri seguenti.

1. La rappresentanza non è ammessa per quegli atti, pei quali la legge per considerazioni speciali richiegga la presenza della persona. (4)

2. Il rappresentante deve agire in nome di colui per lo quale fa l'atto e che è indicato nell'atto medesimo, benchè alcuna volta possa esser permesso d'indicarlo in tempo successivo. (5)

Alla mancanza di facoltà di rappresentare un terzo, questi può supplire acconsentendo all'atto seguito pel suo interesse, e ciò si chiama *ratihabitio*, la quale retroagisce e si equipara al mandato. (6)

Inefficacia degli atti giuridici.

§ 320. In generale l'atto giuridico non conforme alle prescrizioni di legge, dovrebbe considerarsi come inesistente e nullo, perchè non si può impunemente trasgredire ai precetti del legislatore, onde la massima: *quidquid fit contra legem pro infecto habendum*. Ma molte

---

(1) Principio uniforme per diritto civile odierno. Veggansi le seguenti note.

(2) Per diritto civile odierno la teoria è uniforme in quanto alla rappresentanza delle persone giuridiche, art. 2. Cod. Civile, art. 138 Cod. Proc. Civile. Il padre ed in sua mancanza la madre, ed in mancanza di entrambi il tutore rappresenta i minori, art. 220, 224, 277, Cod. Civ. Il tutore rappresenta gl'interdetti, art. 277 e 329 Cod. Civ.

(3) Teoria uniforme, art. 1141 e 1737.

(4) Teoria uniforme, e così pel matrimonio, art. 94, per l'adozione, art. 213 Cod. Civile, pel giuramento, art. 226 Cod. proc. Civile.

(5) Teoria uniforme, art. ed argom. art. 224 e 277 Cod. Civile, art. 678 Cod. Proc. Civ.

(6) Teoria unifome, art. 1752 capov.

Digitized by Google

volte la nullità di un atto apporterebbe un rimedio peggiore del male derivante dalla inosservanza dei precetti legislativi, onde alla legge spetta appigliarsi a quel miglior partito che crede più conveniente nell' interesse pubblico e nel privato. Per lo che la massima suddetta è temperata dall' altra dettata dal Diritto Canonico ed appoggiata anche a leggi romane *multa fieri prohibentur quae, si facta fuerint, obtinent firmitatem.* (Cap. 16. *de regular.* III. 31. Fr. 1. § 3 *de appellat.* 49. 1. Fr. 1. § 5 *quando appelland. sit* 49. 4.)

Di qui il principio di diritto dominante nella materia della nullità, cioè che questa non debba ammettersi se non risulti chiara dalla legge, con un riscontro preciso nell'atto, il quale nel caso di dubbio della nullità medesima deve ritenersi come valido.

Onde si vede la importanza della teoria relativa alla inefficacia degli atti giuridici, e la necessità di esporla brevemente sì, ma con tutta chiarezza e precisione.

La inefficacia degli atti giuridici muove da tre cause speciali, cioè: 1. da disposizione tassativa di legge. 2. dal carattere intrinseco della legge, o dallo scopo speciale di essa, ovvero da mancanza di elementi che costituiscono la essenza dell' atto. 3. da difetto di qualche condizione. Nel primo caso si ha la nullità testuale, nel secondo la nullità virtuale, e nel terzo l' annullabilità. (1)

Non è d' uopo intrattenersi sulla nullità testuale, perchè è la legge che espressamente dichiara nullo l' atto. (2)

La nullità virtuale si ha 1. pel carattere intrinseco della legge, quando l'atto è contrario all'ordine pubblico ed al buon costume (3) 2. per lo scopo speciale della legge quando l' atto non è fatto secondo le forme dettate per proteggere la libera volontà delle parti e la buona fede dei terzi (4) 3. Per gli elementi che costituiscono l' essenza dell' atto, quando manchino nell' atto le condizioni di essere indispensabili perchè esista; cioè: per l' assoluta mancanza di volere come sarebbe il testamento fatto da un pazzo, la convenzione ripassata con un fanciullo; per non essere lecito l'obbietto, come

---

(1) Teoria uniforme. Veggansi le seguenti note.

(2) Il Codice Civile ha un sistema compiuto di nullità soltanto pel matrimonio, art. 104 e seg. e pei testamenti, art. 804 e seg. Altre nullità sono comminate quà e là, e così agli art. 1056, 1061, 1314, 1418, ecc. Cod. Civ. articoli 52, 56, 145, 153, 190, 214, 234, ecc. Cod. Proc. Civ., ma il Cod. Civ. e di Proc. Civ. si basano più di tutto sulle nullità virtuali, articolo 56 Codice Proc. Civ.

(3) Teoria uniforme. E così sarebbero ad esempio, convenzioni contrarie all' ordine pubblico quelle che si facessero in contravvenzione agli art. 130. 131. 132. 1379. 1380. ec.

(4) Teoria uniforme. E così sarebbero nulli gli atti che non abbiano le forme stabilite negli art. 181, 917, 922, 1382, 1385, 1800, 1975, 2082, ecc.

Digitized by Google

sarebbe l' obbligo di pagamento per la uccisione di alcuno; per non essersi adoperate le forme imposte *sollemnitatis* non già *probationis caussa*, delle quali abbiamo discorso ai fatti giuridici al § 301; e per la mancanza dei caratteri costitutivi, come ad esempio il prezzo nella vendita. (1)

L' annullabilità si à per difetto di qualcuna delle condizioni richieste alla validità dell' atto, cioè per la incapacità relativa dell' agente com' è pei minori; per la inosservanza delle forme per essi imposte; e pei vizii del consenso, cioè per l' errore, pel dolo e per la violenza. (2)

Premesse codeste nozioni è facile intendere i principii di diritto relativi alla inefficacia degli atti giuridici. Essi sono:

1. Gli atti nulli non esistono giuridicamente e non hanno alcuno effetto, cioè non hanno la forza di creare, modificare, od estinguere un atto giuridico. *Quod nullum est, nullum producit effectum. Nihili nullae sunt proprietates.* Si eccettua però il caso in cui l'atto possa esser valido sotto aspetto diverso da quello con cui si presenta, e così la vendita fatta senza prezzo può esser ritenuta per donazione. (3)

2. Gli atti annullabili e gli atti rescindibili mantengono la loro efficacia fino a che non sieno stati impugnati da chi ne ha il diritto, e dichiarati nulli dal magistrato. Onde il contratto fatto dal minore, o fatto per errore, violenza, ecc. regge e produce il suo effetto, se non viene impugnato e dichiarato nullo. (4)

3. In generale la nullità è assoluta, o come anche dicesi radicale, e l' annullabilità è relativa. Ciò significa che la nullità può essere invocata da tutti quelli che hanno un interesse all' atto, e l'annullabilità lo può soltanto, dalla parte, in favore della quale essa fu stabilita. (5)

4. La nullità, come difetto negativo, non si può mai cancellare, *quod nullum est confirmari nequit*, cioè l' atto nullo non si può in veruna guisa confermare, ma deve essere rinnovato con le condizioni essenziali per esistere. L' annullabilità, come vizio positivo ed

(1) Teoria uniforme, art. 1098, 1004, 1116, 1314 Cod. Civ.; art. 56 Cod. Proc. Civile ecc.

(2) Teoria uniforme, art. 1106, 322, e 1108.

(3) L' atto nullo è anche per Cod. Civ. inesistente. Per esempio valga l'art. 1341. Ma se l' atto può sostenersi sotto aspetto diverso, sarà valido. E così se la cambiale non abbia le forme essenziali per essa stabilite, può valere per obbligazione civile.

(4) La teoria è uniforme. Ma il Codice Civ. chiama anche *nullità*, ciò che è *annullabilità*. Vegg. art. 322, 1106, 1108, 1109, 1110, 1111, 1300, 1302, 1303.

(5) Teoria uniforme. Vegg. le note apposte nei due principii precedenti.

Digitized by Google

attivo, cioè idoneo a rendere inefficace un atto giuridico mediante domanda di chi vi ha interesse, ammette il rimedio della conferma, la quale può essere espressa e tacita. (1)

Alla nullità ed all' annullabilità sono affini, ma ne vanno distinte la rescissione, la risoluzione, la rivocazione, e la riduzione.

La rescissione si ha quando vi è lesione di una delle parti. (2)

La risoluzione accade quando si verifica una condizione, per la quale si considera l'atto come se non avesse avuto mai luogo. (3)

La rivocazione si ha per la esistenza di una causa, che dà facoltà a chi ha compiuto l'atto, di metterlo nel nulla. (4)

La riduzione ha luogo per una disposizione a titolo gratuito fatta dal testatore, quando restano pregiudicate le quote di quelli che hanno diritto alla legittima. (5)

Simulazione.

§ 321. La simulazione si riduce ad una finzione, ad una menzogna in un atto giuridico.

Quando nell' atto simulato, niente vi ha di reale, ossia quando nella realtà non si è voluto fare atto alcuno, e per una qualunque causa si è foggiato l' atto, si dice che la simulazione è assoluta, perchè *colorem habet*, *substantiam vero nullam*. Così per esempio una vendita che il marito faccia alla moglie per non pagare i creditori di lui.

Quando invece si è voluto fare un atto, ma che non è quello dichiarato, cioè quando la simulazione viene impiegata per dare all' atto giuridico un diverso carattere che non è il vero, si dice che la simulazione è relativa, perchè *colorem habet, substantiam vero alteram*. Tale sarebbe una donazione sotto forma di vendita che il padre facesse al figlio per dargli più di quanto potrebbe con la disponibile.

Ora per la simulazione, assoluta o relativa che sia, il principio generale di diritto è che bisogna stare sempre alla verità, perchè *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur verbis*. Onde segue che se con l' atto simulato niente si è voluto fare, varrà per niente: se poi si è voluto fare una qualche cosa che possa reggere, l' atto varrà per questa qualche cosa.

---

(1) Teoria uniforme, art. 1309, 1310 e 1311.
(2) Teoria uniforme, art. 1038, 1529.
(3) Teoria uniforme, art. 1079, 1080, 1158 e 1165.
(4) Teoria uniforme, art. 1079, 1080, 1081, 1083.
(5) Teoria uniforme, art. 821 e seg.

Digitized by Google

Non vi sarebbe ragione a respingere ogni valore all'atto simulato, sol perchè si è inteso fare una cosa diversa, dovendosi riconoscere una libertà e ne' testatori, e ne' contraenti, onde il principio di diritto che ciascuno può fare indirettamente ciò che può direttamente. Se alcuno può far donazione, non gli è impedito di farla sotto forma di vendita, e soltanto l'atto giuridico non sarà una vendita, ma sarà una donazione. Anzi è regola che per riguardo alla forma, basta osservar quella che la legge impone per l'atto simulato, onde, se si è dichiarato di fare una vendita, ma si è voluto in realtà fare una donazione, l'atto varrà per donazione, benchè siensi adoperate le forme della vendita.

L' interessante è che con gli atti simulati non si faccia frode, nè alla legge, nè ad altri. Ordinariamente la simulazione racchiude una frode, ma dove questa s' incontra, la si abbatte, facendo restar fermo l' atto se, ed in quanto si può (1).

Diritti reali e Diritti di obbligazione.

§ 322. Da quanto si è detto ai § 16 e 272, abbiamo già una qualche idea dei diritti reali e dei diritti di obbligazione. Giova tornar sopra a quanto si è innanzi esposto, sempre però sulle generali, rimandando pel rimanente alla parte speciale.

L' uomo provvede in doppio modo ai suoi bisogni, cioè 1. rende a sè soggette delle cose; 2. entra in relazione con altri uomini per un qualche scambio di cose e di forze. Onde ha due diritti l'uno sulla cosa da lui soggettata al suo potere, l' altro verso l' uomo, con cui per uno scambio qualunque ha contratto una relazione. Il primo diritto, essendo sulla cosa, chiamasi *reale;* il secondo, consistendo in un rapporto verso un altro uomo, cioè in una relazione tra persona e persona, chiamasi *personale* ovvero di *obbligazione.*

Ma qualunque diritto ha per termine correlativo il dovere. Bisogna dunque conoscere chi ha il dovere corrispondente a quei due diritti. Ed è facile di scorgere, che se si tratti di un diritto che l'uomo ha sulla cosa, tutti gli altri uomini hanno il dovere di rispettarlo; e se si tratti di un diritto che l' uomo ha verso un altro uomo, il dovere spetta a questo soltanto. Per lo che al diritto reale corrisponde un dovere generale di tutti, al diritto di obbligazione, un dovere particolare, soltanto da parte di chi l'ha assunto.

Onde si dice che il diritto reale è assoluto, e il diritto di obbligazione è relativo, e che all' uno sta di rincontro un dovere negativo, e all' altro un dovere positivo.

(1) Teoria uniforme, arg. art. 1131, 773, 811, 829, 1039.

Digitized by Google

Il diritto reale è assoluto, perchè sussiste da se ed investe la cosa che vi è soggetta, ed il dovere corrispondente è una conseguenza di tale diritto. Il dovere in tal caso chiamasi negativo, perchè tutti debbono non molestare chi gode del diritto sulla cosa.

Il diritto di obbligazione è relativo, perchè il contenuto del diritto sta nel dovere, il quale non è conseguenza del diritto, ma è invece il tenore del diritto medesimo. Il dovere in tal caso chiamasi positivo perchè si deve dare, fare , o non fare una determinata cosa.

In breve, il diritto reale consiste nel rapporto tra la persona e la cosa e consta di due elementi, cioè della persona a cui compete il diritto e della cosa che è oggetto del diritto. Il diritto di obbligazione consiste nel rapporto tra una persona ed un' altra persona, affinchè questa dia , faccia, o non faccia qualche cosa , e consta di tre elementi, cioè della persona cui compete il diritto, della persona che ha il dovere, e della cosa che forma oggetto della relazione fra loro.

Il diritto reale fu, nei tempi posteriori al diritto romano, distinto con la frase *jus in re vel in rem*, cioè potere immediato e diretto sulla cosa; il diritto di obbligazione fu invece chiamato *jus ad rem vel in personam*, cioè facoltà di avere una cosa da una persona, o meglio, facoltà di obbligare una persona a dare, fare o non fare una qualche cosa.

Ora possono intendersi le definizioni dell'uno e dell'altro diritto.

Il diritto reale si definisce—*facultas homini in rem competens sine respectu ad certam personam*. È la facoltà ad intraprendere degli atti nel rapporto di una cosa , senza che sia necessaria la mediazione di altre persone.

Il diritto di obbligazione si definisce—*facultas personae competens in personam ut haec dare aliquid, aut facere teneatur*. È il diritto di pretendere da una determinata persona una qualche determinata prestazione in virtù di fatti speciali che obbligano la persona medesima.

Discorrendo poi nella parte speciale dei diritti reali e dei diritti di obbligazione, si darà un più esteso sviluppo della teoria propria di tali diritti.

ESERCIZIO E TUTELA DEI DIRITTI

§ 323. L' esercizio del diritto consiste nella manifestazione del potere che taluno ha sopra un determinato oggetto mediante atti ai quali è dal diritto stesso autorizzato.

Digitized by Google

La tutela del diritto consiste nella difesa che può opporre il subbietto attivo del diritto , quante volte lo vegga violato o almeno messo in contestazione da altri.

Per l' esercizio del diritto v' hanno i seguenti principii:

1. Chi ha un diritto sopra una cosa, può o non esercitarlo a suo piacere. *Unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt.* Fr. 41 *de minoribus*. 4. 4. Ma d'ordinario accade che i diritti non esercitati per lungo tempo, vengono a perdersi, e prova se ne ha specialmente nella materia della usucapione e della prescrizione (1).

2. L' esercizio del diritto è sempre assoluto e resta fermo anche quando ne segua danno ad altri. *Nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere jus non habet.* Fr. 9 *de servitutibus praediorum urbanorum.* 8. 2. Ciò non ostante è fatta dalla legge qualche limitazione (2).

Quanto poi alla tutela del diritto v'è un principio ed una eccezione.

Il principio è che niuno può farsi giustizia da se. *Non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri ne occasio sit majoris tumultus faciendi.* Fr. 176 *de regulis juris* 50, 17. L' esercizio arbitrario delle proprie ragioni non può esser permesso ed era punito per rescritti d' Imperatori Romani con la perdita del diritto. Invece bisogna proporre domanda in giudizio (3).

L' eccezione è che la tutela dei proprii diritti è permessa ai privati, i quali possono adoperare anche la forza quando non v' è altro mezzo per mantenersi nella propria posizione ed evitare un danno imminente. *Vim vi repellere licet.* Fr. 16. § 17 *de vi* 43. 16. Sempre però chi si difende deve rimanere nei limiti di stretta necessità, *moderamen inculpatae tutelae.* (4)

§ 324. Per l' esercizio e per la tutela dei diritti è dettata la teoria delle azioni, materia molto importante e che noi cenneremo ne' singoli istituti speciali, ma tratteremo ampiamente in fine dell'opera, essendo cosa staccata e quasi stante di per se, sia perchè l'azione non è un vero diritto sebbene vi dipenda e ne sia uno svolgimento, sia perchè vi è intimamente connessa la procedura. Così la pensano i più illustri scrittori tra cui il Savigny pel diritto Romano § LIX e CCIV, e lo Zachariae pel Cod. Civ. § 745.

---

(1) Teoria uniforme, articoli 2105 e seguenti.

(2) Teoria uniforme. Veggansi delle limitazioni agli articoli 436 e 545.

(3) Chi vuole far valere un diritto deve proporre la domanda davanti l' autorità giudiziaria competente. Art. 35 Cod. Proc. Civ. Chi esercita arbitrariamente le proprie ragioni, cioè chi con violenza costringe taluno a pagare un debito o ad eseguire una obbligazione e turba l' altrui possesso, è punito di carcere, art. 286 Cod. Penale.

(4) Teoria uniforme, art. ed argom. art. 560 Cod. Pen.

Digitized by Google

DIRITTI REALI

§ 325. Come si è cennato al § 272 tre sono i diritti sulle cose, cioè i diritti reali, i diritti di eredità, e i diritti di obbligazione. Cominciamo da' primi.

Già sappiamo in che consiste il diritto reale, e in che differisce dal diritto personale altrimenti chiamato di obbligazione, avendone parlato al § 322.

Ora dobbiamo passare alla parte speciale, che è delle più difficili che presenti la materia giuridica, onde a spianarci meglio la via gioverà esporre ancora qualche altra idea che schiarisca sempre più la natura de' diritti reali e dimostri la concatenazione tra le diverse specie che rientrano in tali diritti.

Il diritto reale si riduce alla qualità di avere ad oggetto immediato una cosa corporea, onde chi à un diritto somigliante si trova con la cosa in un rapporto per lo quale la tiene soggetta al suo dominio giuridico nella totalità ovvero soltanto per certi riguardi.

Riducendosi il diritto reale all'immediato giuridico dominio sopra una cosa corporea, non ammette rapporto obbligatorio verso altre persone, quantunque per la sua origine possa averne bisogno in determinate circostanze.

§ 326. Ma il rapporto di potestà sulla cosa può essere di diritto e può essere anche di solo fatto; ossia si può sopra una cosa avere un potere giuridico per lo quale la cosa medesima è nel dominio del subbietto di diritto, e si può avervi invece un potere fisico, di solo fatto, il qual potere è parallelo al potere giuridico, ma se ne distingue essenzialmente e prende il nome di *possesso*. La legge dovea proteggere codesto stato di fatto, e ne vedremo le ragioni parlando del possesso, e la protezione che vi dà mena all'immediato rapporto di potestà sulla cosa limitatamente al fatto attuale. Ecco come il possesso prende la sembianza di un diritto reale, e per tale è ritenuto ne'suoi effetti, sempre però per riguardo al rapporto di fatto che passa tra la persona e la cosa, fatto che è giuridicamente protetto, e che involve la possibilità di un rapporto di diritto. Conviene perciò premettere la nozione del possesso a quella de'diritti reali.

§ 327. Il più importante de'diritti reali, il fondamento e il pre-

Digitized by Google

supposto di tutti gli altri, è la proprietà. Questa è ristretta alle sole cose corporee che sono nel nostro dominio giuridico, e costituisce il complesso di tutte le facoltà che possono competere a taluno sopra una cosa, cioè la totalità degli attributi del dominio. Or se codeste facoltà si considerino disgregate, se tali attributi sieno separatamente distinti, e se alcune delle facoltà o alcuni degli attributi che à il proprietario sulla cosa corporea spettino a'terzi, in tal caso costoro avranno diritti reali sulla cosa altrui (*jura in re aliena*). A tal modo si concepisce la tela di tutti i diritti reali.

Ma la parola proprietà racchiude due concetti che vanno distinti, cioè il diritto e l'oggetto (§ 276) vale a dire significa da una parte la facoltà piena che alcuno à nel rapporto di una cosa, e d'altra parte la cosa stessa che forma oggetto di tale facoltà. Se non si avverte bene codesta distinzione, si cade facilmente in gravi equivoci ed errori.

La proprietà è il dominio giuridico sulla cosa nella sua totale giuridica obbiettività, e gli altri diritti reali attribuiscono soltanto un dominio sulla cosa altrui, dominio che si verifica in una limitata direzione, che è circoscritto a certi lati, a certe relazioni giuridiche della cosa, e quindi soltanto un dominio parziale e non totale sulla stessa. I diritti reali diversi dalla proprietà ànno anche ad immediato oggetto una cosa corporea, ma questa è di altrui, e tali diritti si presentano come restrizione della proprietà,

In due modi la cosa del proprietario può essere parzialmente soggetta al dominio altrui, cioè o pel godimento, o pel valore di vendita.

In quanto al godimento, questo può essere più o meno esteso. È più esteso nella enfiteusi perchè comprende il pieno esercizio delle prerogative del proprietario, rimanendo intatta la cosa. Ma perchè la enfiteusi è un contratto, e de'più interessanti, noi, a non togliere la simmetria e l'ordine nella teoria contrattuale, ne terremo in esso parola al proprio luogo. Il godimento è meno esteso nelle servitù, le quali ànno diverse gradazioni nelle possibili facoltà di uso della cosa altrui, e vanno distinte in reali e personali.

Relativamente poi al valore di vendita, il diritto reale consiste nella facoltà di esser pagato coll'alienazione della cosa, e ciò forma la teoria de'pegni, e delle ipoteche. Il diritto reale in tal caso consiste nel diritto eventuale di alienazione, nella facoltà di disporre eventualmente dello stesso diritto di proprietà, di sottrarre questo diritto all'attuale proprietario per esser pagato del proprio credito. Il carattere reale del diritto di pegno sta in ciò che il diritto stesso gravita in via immediata sulla cosa, senza che per l'esercizio di tale diritto vi sia una prestazione personale del proprietario della cosa medesima.

Digitized by Google

§ 328. L'antica scuola comprendeva tra i diritti reali il diritto di eredità, che noi abbiamo detto a'§ 73 e 272 essere affine a'diritti medesimi. Conviene qui dirne qualche parola.

Che il diritto di eredità sia affine a'diritti reali è certo, laddove si pensi che esso sussiste indipendentemente dall' obbligo di una determinata persona, e che è protetto da un'azione reale somigliante a quella della proprietà.

Ma l'eredità non è cosa corporale, invece è un diritto, e se pure si voglia considerare l'eredità intera come l'oggetto immediato del diritto, sempre si avrà che l'eredità non è composta di sole cose corporali, mentre queste soltanto possono formare oggetto de'diritti reali.

Invece il diritto di eredità consiste nella rappresentanza dell'intera personalità di diritto patrimoniale di un defunto. Il diritto ereditario dunque contiene un elemento che si accosta allo stato della persona, alla qualità personale, cioè al riconoscimento della rappresentanza della personalità di diritto patrimoniale del defunto per mezzo dell'erede. Il diritto ereditario è perciò un diritto *sui generis*, che non è quello dello stato della persona, nè è un diritto reale, ma sta a livello di essi e partecipa dell'uno e dell'altro.

§ 329. Se non che oltre a'diritti reali, de'quali abbiamo innanzi parlato v'ànno de'pesi reali, di cui tanto abuso si è fatto ne'mezzi tempi, al segno che ne restano ancora le tracce in leggi transitorie e speciali, non essendosi ancora potuto svincolarne del tutto la proprietà fondiaria.

Dobbiamo presentarne qualche idea generale, salvo poi a trattarne particolarmente nella teoria contrattuale come a sede opportuna.

Alle volte l'obbligo a certe prestazioni è talmente inerente al fondo, che ogni possessore di esso ne rimane vincolato, e le prestazioni gravitano sulla totalità del fondo stesso. Onde il diritto alle prestazioni prende aspetto di reale, sia perchè la cosa vi è assoggettata, sia perchè il diritto è esperibile contro i terzi. Tali sono i livelli, alcuni censi, alcune specie di rendite, le decime, gli affitti perpetui ec.

Il rapporto giuridico per riguardo a codesti pesi è di natura mista, perciocchè da un canto in virtù di una finzione giuridica il fondo è ligato alla prestazione, il diritto è attaccato al fondo, e d'altra parte il possessore temporaneo è obbligato alle singole prestazioni, e tale obbligo deriva precisamente dal possesso.

Il peso reale è quindi un diritto reale, ma è un diritto reale anomalo, perchè la sua continenza è costituita da periodiche prestazioni positive.

Tali pesi, non ismettendo mai la natura reale, vengono protetti

Digitized by Google

come ogni altro diritto reale sulla cosa altrui, sia per riguardo al possesso di diritto che di essi può aversi, sia per riguardo alle azioni che si possono sperimentare e in via possessoria e in via petitoria

§ 330. Restringendo le sparse idee si vede:

1. che i diritti reali si riducono all'immediato giuridico dominio totale o parziale sopra una cosa corporea.

2. che parallelo al potere giuridico sopra una cosa è il potere fisico e di fatto, onde la teoria del *possesso.*

3. che la *proprietà* è il diritto reale più importante e il fondamento di tutti gli altri diritti reali.

4. che se alcune delle facoltà concesse al proprietario spettino a terzi sulla cosa altrui, si ànno gli altri diritti reali, i quali o consistono nel godimento, onde la teoria dell'*enfiteusi,* e quella delle *servitù,* ovvero consistono nel valore di vendita e si à la teoria del *pegno* e delle *ipoteche.*

5. che il diritto di eredità è un diritto *sui generis* che partecipa dello stato delle persone e de'diritti reali.

6. che i pesi reali sono di natura mista e partecipano de'diritti reali e de'diritti di obbligazione.

Posto ciò noi parleremo prima del possesso, poi della proprietà, quindi delle servitù, e da ultimo de'pegni e delle ipoteche.

Faremo seguire a'diritti reali la teoria affine del diritto di eredità. Tratteremo della enfiteusi tra i contratti consensuali in cui essa rientra, e di seguito alla enfiteusi esporremo i pesi reali perchè questi ànno con essa molta affinità, discostandosi assai poco specialmente il livello dal contratto enfiteutico.

Digitized by Google

POSSESSO

§ 331. La signoria sulla cosa si manifesta con un rapporto di fatto, cioè col possesso della cosa medesima, dappoiche chi è proprietario di una cosa d'ordinario estrinseca il suo diritto col fatto del possesso di essa. Ma tale rapporto di fatto che intercede tra il proprietario della cosa e il possesso di essa può talvolta non esservi, potendo bene accadere che di alcuna cosa uno sia proprietario, ed un altro in buona o mala fede la possegga, cosicchè il diritto di proprietà starebbe nell'uno e il fatto del possesso nell'altro. Anche quando ciò sia, sempre il possesso dev'essere protetto, per la ragione che se si permettesse la molestia del possesso altrui senza ricorrere all'autorità del magistrato, e da parte di chi non dimostri lucidamente la sua proprietà, si andrebbe incontro alle più gravi perturbazioni sociali, sia perchè ognuno tiene alla fermezza del suo possesso, sia perchè è difficile la prova della proprietà. La tutela del possesso, è dunque poggiata su ragioni di ordine pubblico che consigliano proteggere lo stato attuale delle cose insino a che non si dimostri un diritto in contrario. I Giureconsulti Romani distinsero nettamente il possesso di una cosa nelle mani del proprietario di essa, dal possesso di una cosa nelle mani di chi non ne è proprietario, e chiamarono il primo *jus possidendi*, e il secondo *jus possessionis*, perciocchè il proprietario à il diritto di posseder la sua cosa, e chi tale non è, à il diritto di veder tutelato il suo possesso finchè altri non dimostri la proprietà (1).

§ 332. Il possesso allora può dirsi tale e può ricever protezione dalla legge, quando non solo si abbia la cosa nel proprio potere, ma vi sia nel possessore l'animo di tenerla come propria. Due perciò sono gli elementi necessarii per esservi il possesso, l'uno tutto

(1) Per Codice Civile sono del pari riconosciuti tutti codesti principii, ma la ragione della tutela del possesso di fatto si è estesa per la influenza del Diritto Canonico nel senso che non solo tale possesso deve essere protetto per motivi di ordine pubblico e per mantenere lo stato attuale delle cose, ma anche per motivi di ordine privato, perchè quante volte il fatto del possesso riunisca speciali caratteri, de' quali or ora si farà parola, si ha nel possessore una presunzione di proprietà. È questo un principio novello di alta importanza che mantiene le sue conseguenze in tutta la teoria possessoria, e fa intendere la forza delle innovazioni portate a' dettami del diritto romano, art. 685 e seguenti Codice Civile.

Digitized by Google

fisico che è il potere attuale sulla cosa (*corpus*), e l'altro tutto morale che è l'intenzione di averla come propria (*animus*). Di che segue che se non vi è possibilità del potere fisico, come accade per quelle cose di cui non si può acquistare la proprietà, quali sono ad esempio le strade pubbliche (vedi § 292), il possesso non à alcuno effetto giuridico; e se manchi l'elemento morale dell'*animus sibi habendi*, non si à la *possessio*, ma si à la *detentio*, e detentori sarebbero ad esempio, i conduttori, i depositarii, ecc. Ond'è che i Giureconsulti ànno sempre distinto il possesso civile o giuridico dalla detenzione, detta anche possesso naturale, la qual detenzione consiste nel potere fisico esercitato sopra una cosa non a titolo di diritto reale, ma in forza di un rapporto obbligatorio (1). La definizione del possesso civile è — *detentio rei cum animo sibi habendi* —. Quanto alla etimologia, alcuni fanno derivare la parola possesso da *sedere*, quasi fosse una *positio*: altri da *possum*; ed altri da *possum et sedere* insieme.

§ 333. Il possesso civile, cioè quello che riunisce i due elementi ora mentovati, produce svariati effetti, onde la nota frase. — *beati possidentes* — e così dà alcune volte il diritto alla ritenzione, altre volte alla percezione de'frutti, esime dalla prova, rende nel dubbio favorevole la condizione del possessore, de'quali effetti si terrà parola a proprio luogo. Ma i principali effetti sono il diritto alla usucapione, cioè all'acquisto della proprietà della cosa (*possessio ad usucapionem*), e il diritto ad essere tutelato nel possesso (*possessio ad interdicta*).— Soffermandoci qui a' soli effetti della usucapione e della tutela del possesso, bisogna indagare quali sono i caratteri che il possesso deve riunire per potere a base di esso acquistare la proprietà di una cosa, o esser soltanto tutelato nel possesso di questa.

Innanzi tutto debbono riunirsi que'due elementi del potere fisico e della intenzione di avere la cosa come propria (*corpus et animus*). — È intanto bene indifferente che vi sia buona o mala fede del possessore. La buona fede può rendere sotto determinate condizioni più breve il tempo per la usucapione, dà diritto alla percezione de'frutti (come si vedrà parlando di essa), ma con tutta la mala fede non si evita la usucapione per la quale bisognerà più lungo tempo, nè si deve evitare la tutela del possesso. Inoltre il possesso, per menare alla usucapione o alla tutela dello stato attuale di fatto, non deve essere vizioso, e il vizio consiste nella violenza, nella clandestinità, e nella precarietà (*nec vi, nec clam, nec precario*). È violento il possesso acquistato colla forza. È clandestino il possesso acquistato in modo occulto, o almeno equivoco e tale da non essere avvertito

(1) Per Codice civile la teoria è uniforme, art. 685, 686, 2106, 2113, 2115.

Digitized by Google

dall'avversario come sarebbero gli atti di familiarità e di tolleranza.— È precario quando alcuno entra nel posssesso perchè il possessore precedente glielo concesse con l' espressa facoltà di rientrare a suo piacimento nel possesso medesimo. Ma il possesso che abbia tali vizii è relativo, perchè se è inefficace di fronte al possessore precedente, è valido invece di fronte a'terzi pei quali vale la massima — *adversus exstraneos vitiosa possessio prodesse solet.* — Tutto ciò è comune tanto al possesso *ad usucapionem*, quanto al possesso *ad interdicta*, ma per la violenza e per la clandestinità si à riguardo alla sola origine del possesso onde acquistato *vi aut clam* il possesso di una cosa,questa è messa fuori commercio nel rapporto dei due interessati (1). Se non che pel possesso *ad usucapionem* v'è un altro requisito necessario, cioè la continuazione del possesso (*continua possessio non interrupta*) durante tutto il tempo stabilito dalla legge; *continua* quando quegli che à il possesso non omette di farne esercizio sulla cosa, secondochè questa richiegga: *non interrupta* quando nè per fatto di colui che à il possesso, nè per fatto di un terzo, il possesso viene naturalmente o civilmente a cessare, come meglio si dirà discorrendo della usucapione (2).

§ 334. Posto ciò, dobbiamo vedere come si acquista, come si mantiene, e come si perde il possesso.

(1) Per Codice Civile la teoria è uniforme, meno in quest' ultimo punto, art. 686, 688 e 689. Oggi, cessata la violenza o la clandestinità, comincia il possesso legittimo, art. 689. La ragione della differenza è che si è creduto non mantenere la esagerazione delle conseguenze di un fatto delittuoso, e ritenere invece un tacito assenso di chi è privato del possesso, quando questi tace dopo che è cessata la violenza e la clandestinità.

(2) Per Codice Civile la teoria è uniforme, art. 686. Ma il Codice Civile ha dato al possesso la forza di presunzione di proprietà, come si è detto innanzi in nota al § 331, ciò che non era per Diritto Romano, e per darvi tale forza ha richiesto (come vedremo or ora nell'azione possessoria di manutenzione) un anno di possesso; onde il carattere della *continua possessio non interrupta*, che per Diritto Romano era richiesto pel solo possesso *ad usucapionem*, oggi è richiesto pure pel possesso *ad interdicta*, e sono pertanto uguagliati perfettamente l' uno e l' altro possesso; e in quanto a' caratteri costitutivi per renderlo legittimo, non vi è più distinzione. Ciò è sì vero per quanto, messi a confronto i requisiti che oggi si richieggono pel possesso e *ad usucapionem* e *ad interdicta*, co' requisiti che il Diritto Romano richiedeva pel solo possesso *ad usucapionem*, vi si trova perfetto riscontro. E così, oggi il possesso legittimo deve essere continuo e non interrotto (*continua possessio non interrupta*); pacifico (*nec vi*); pubblico e non equivoco (*nec clam*); e con animo di tener la cosa come propria (*cum animo sibi habendi*), art. 686. Il Codice Civile non fa parola del possesso precario, perchè il contratto di precario aveva luogo ordinariamente in Diritto Romano tra padroni e liberti, ed oggi la parola *precario* ha perciò cambiato di senso, e significa semplice detenzione, come quella de' conduttori, depositarii ecc. art. 2115, capoverso.

Digitized by Google

Dal momento che il possesso consta de'due principali elementi del *corpus* e dell'*animus*, per l'acquisto è necessario che concorrano entrambi, cioè che vi siano e il potere fisico sulla cosa, e l'intenzione di tenerla come propria. Pel potere fisico non è necessario il contatto, ma la cosa deve trovarsi in tale rapporto con la persona, che questa l'abbia a disposizione propria. La intenzione poi può essere dichiarata espressamente, ovvero risultare tacitamente da altri atti (1).

Ma se per l'acquisto son necessarii e il potere fisico e la intenzione, per mantenere il possesso basta la sola intenzione. Così, un terreno ricoverto per lungo tempo dalle acque non lascia di essere nel possesso di chi prima lo aveva in suo potere, il possesso di un fondo affittato è sempre presso il locatore (2).

Per la perdita poi basta la cessazione dell'uno o dell'altro di quei due elementi, ovvero di entrambi. Così, basta la cessazione del solo potere fisico mantenendo l'animo, quando altri si ponga in possesso della cosa senza il consenso del possessore precedente; basta la cessazione dell'animo, mantenendo il potere fisico, quando alcuno ritiene la cosa ad altro titolo; concorrono entrambi gli elementi nell'abbandono della cosa (3).

§ 335. Per altro, sebbene il possesso consista nel fatto, pure col fatto possono possedersi de'diritti che ammettono un esercizio, come ad esempio le servitù. In tal caso il possesso prende il nome di *possesso di diritto*, e consiste precisamente nell'esercizio, cioè negli atti ripetuti del diritto medesimo. I Giureconsulti Romani perciò distinguevano la *possessio corporis* dalla *possessio juris*, e perchè un vero possesso de'diritti non può esistere, davano ad esso il nome di *quasi possessio*. Ma anche pe'diritti, il possesso non lascia di essere un diritto reale, e perciò gli unici diritti capaci di possesso, sono precisamente i diritti reali che ammettono un esercizio, perchè come si dà un effetto giuridico al potere fisico che abbraccia la cosa nella sua totalità, si può concepire un potere fisico sopra una frazione o meglio relazione di una cosa. I Romani ammettevano il possesso di dritto soltanto per le servitù, per la enfiteusi, e per la superficie. Il diritto Canonico e la pratica del foro estesero il possesso di dritto alle decime, a'censi consegnativi, ec. (4).

Premesse codeste idee, è opportuno parlare con tutta concisione

(1) Per Codice civile la teoria è uniforme, art. 714, 1463.

(2) Teoria uniforme, art. 2115.

(3) Teoria uniforme. Veggansi art. 689, e 2105—1465 e 2115—711.

(4) Per Codice civile il possesso di diritto è riconosciuto pe' diritti reali frazionarii che ammettono un esercizio, art. 685.

Digitized by Google

della rimanente materia, distinguendola in tre punti relativi: 1 alle azioni possessorie; 2 alla differenza tra il giudizio possessorio e il giudizio petitorio; 3 ed alla denuncia di nuova opera e di danno temuto.

AZIONI POSSESSORIE

§ 336. Sono chiamate *interdicta* (interdetti) perchè con essi il Pretore ordinava o proibiva a taluno di far qualche cosa. Si danno tre etimologie della parola *interdetto* — *quia inter duos dicuntur* — *quia sententia dicitur inter duos* — *quia praetor dat edictum inter duos* — La definizione dell'interdetto, cioè delle azioni possessorie è — *Actiones quibus de vera vel quasi possessione breviter et summatim disceptatur* —.

§ 337. Gl' interdetti, cioè le azioni possessorie, sono rivolti alla tutela del possesso, taluni nell' interesse pubblico, altri nell' interesse privato. Le azioni possessorie d'interesse pubblico riguardano principalmente le strade, le acque, l'igiene, l'edilità e la polizia locale (1). Quelle d'interesse privato rientrano nella sfera del Dritto Civile, e sono di tre specie, cioè — *adipiscendae*, *retinendae et recuperandae possessionis*. —

Interdicta adipiscendae possessionis.

(Azioni possessorie di acquisto di possesso).

§ 338. Il primo interdetto di questo genere è quello chiamato — *remedium ex Lege ultima Codicis de edicto Divi Adriani tollendo*. — Quando l'erede scritto nel testamento domanda il possesso della eredità, deve farlo per interdetto, cioè con azione possessoria in contradizione degli eredi legittimi (2).

(1) Oggi sono di competenza del Prefetto o del Sindaco, e rientrano nello studio del Diritto Amministrativo. Veggansi art. 55, 58, 59, 61, 65, 124, 167, 178 e 379 della Legge de' Lavori Pubblici, art. 104 della legge Comunale e Provinciale, art. 3 della Legge sul Contenzioso Amministrativo.

(2) Per Codice civile vale la massima che *il morto impossessa il vivo*, per i che se il testamento è per atto di notaro (pubblico o segreto che sia) avrà sempre la sua esecuzione , cioè il possesso della eredità passa di dritto nella persona dell' erede chiamato : se poi il testamento è olografo, il possesso passa anche di dritto, salvo che l'autorità giudiziaria non dia un diverso provvedimento, principalmente in vista de' vizii estrinseci del testamento. Hanno pure

Digitized by Google

§ 339.. Il secondo interdetto è chiamato *quorum bonorum*. Anche l'erede chiamato per successione pretoria deve domandare il possesso della eredità (1).

§ 340. Il terzo è detto *quod legatorum*; Il legatario deve domandare all'erede il possesso della cosa legatagli (2).

§ 341. Il quarto chiamasi *interdictum salvianum*. Il locatore di fondi rustici può mettersi in possesso delle cose che l'affittuale vi à portate, come pure de'frutti de'fondi affittati per esser pagato del prezzo della locazione a preferenza degli altri creditori dell'affittuale (3).

Interdicta retinendae possessionis

(Manutenzione del possesso)

§ 342. Questi interdetti sono due, cioè *uti possidetis* ed *utrubi*, uno per gli stabili e l'altro pe'mobili. E vengono concessi a chi è turbato nel possesso civile di una cosa, senza che egli avesse perduto il possesso medesimo al momento della turbativa, e sono diretti ad essere mantenuti in tale possesso, e liberati dalle molestie (4).

§ 343. L'azione di manutenzione può avere per obbietto una cosa

---

il possesso di diritto tutti gli eredi legittimi. Veggansi art. 914, 925 e 693. Oggi l'erede, testamentario o legittimo che sia, a cui è riconosciuto in tal modo il possesso di diritto, se n'è turbato, o se altri ne lo spogli e vada a prendere il possesso di fatto de' beni ereditarii, può agire in via di turbativa o di spoglio secondo le regole che si esporranno or ora, art. 926.

(1) Oggi questo interdetto non ha alcun riscontro nel Codice civile, non essendo riconosciuta siffatta successione.

(2) Per Codice civile la teoria è uniforme, art. 863.

(3) Per Codice civile i locatori hanno privilegio e su' mobili portati dall'affittuale per coltivare e fornire il fondo locato, e su'frutti del fondo medesimo. Art. 1958 n. 3. Il punto è bene schiarito nella materia ipotecaria.

(4) Per Codice civile si dà l'azione possessoria a chi è turbato nel possesso legittimo, sia che egli si trovi nel possesso medesimo, sia che lo abbia anche perduto, con la doppia condizione che abbia posseduto almeno per un anno, e che spinga l'azione fra un anno dalla molestia, art. 694. La ragione per la quale, seguendosi il Diritto Canonico, oggi si richiede un anno di possesso legittimo precedente alla turbativa è per dare la forza di presunzione di proprietà al possesso avuto, atteso il silenzio dell'avversario. La ragione per la quale oggi si permette l'azione possessoria di manutenzione fino ad un anno dopo la turbativa, ed anche quando si sia perduto il possesso (purchè non si sia perduto violentemente o clandestinamente, nel quale caso ha luogo lo spoglio che rientra nel seguente interdetto) è la stessa, perchè nel diritto odierno si è data forza di presunzione di proprietà al possesso annuale precedente alla turbativa, onde quella presunzione si mantiene fino ad un anno dopo la turbativa medesima, ed anche quando alcuno sia stato privato del possesso.

Digitized by Google

immobile o mobile essendo precisamente designato l'interdetto *uti possidetis* per gl'immobili, e l'interdetto *utrubi* pe'mobili, come si è detto nel § precedente (1).

§ 344. L'azione possessoria di manutenzione può avere per obbietto un diritto reale (ad esempio il diritto di servitù reale o personale che sia) perchè cosiffatti diritti ammettono il quasi possesso, cioè il possesso di diritto, come si è spiegato al § 335 (2).

§ 345. Chi agisce per manutenzione deve provare: 1. Il suo possesso; 2. La molestia avuta. Il possesso deve riunire i requisiti innanzi indicati. La molestia poi può essere di fatto o di diritto: di fatto è quando si attenta materialmente al possesso altrui; di diritto con una intimazione giudiziale o altro atto stragiudiziale equivalente, come ad esempio per la licenza data da qualcuno all'affittuale di un fondo da altri posseduto (3).

§ 346. L'azione di manutenzione costituisce un atto di amministrazione, perchè à un fine conservativo e non compromette il dominio,

---

(1) Per Codice civile l'azione di manutenzione si ammette per gl' immobili, ma non si ammettè pe' mobili, perchè pe' mobili il possesso vale titolo, articoli 694 e 707; ed invece si ammette per la sola universalità di mobili, art. 694, cioè per la universalità di diritto derivante da successione a titolo universale, e non già di fatto come per una biblioteca. La ragione per la quale si ammette ne' mobili l' azione possèssoria nella universalità di dritto e non nella universalità di fatto è non solo perchè per la universalità di dritto de' mobili ha luogo la revindica, art. 707, ma anche perchè per la materia successoria si ha il principio che il *morto impossessa il vivo*, art. 693, 914 e 925, per il che l' erede che sia molestato nel suo possesso può agire in via possessoria con azione di mautenzione, mentre per la universalità di fatto si à la massima che *ne' mobili il possesso vale per titolo*, art. 707, onde chi ha la universalità di fatto e ne sia molestato ha con se la proprietà e non può andare in cerca di possesso il quale dà soltanto la presunzione di proprietà, ben sapendosi che la presunzione cede alla realtà.

(2) Per Codice civile ammettendosi il possesso di diritti reali, come si è detto al § 335 in nota, si ammette anche per essi l'azione di manutenzione, art. 694, ma si fa eccezione per le servitù discontinue per le quali l'azione possessoria è negata a chi agisce con azione confessoria se non presenti un titolo, art. 630. La ragione per la quale oggi si ritiene l' azione possessoria di manutenzione pe' diritti reali è che ammettendosi per essi la proprietà, deve anche ammettersi la presunzione di proprietà. La ragione poi della eccezione per le servitù discontinue è che gli atti pe' quali queste servitù si esercitano, quando non siavi un titolo, hanno un carattere assolutamente equivoco ed incerto, e possono interpretarsi come atti i quali si succedono non per la coscienza di un diritto, ma per mera tolleranza di colui a danno del quale questi atti cadrebbero, e i diritti del quale sarebbero da questi atti limitati.

(3) Per Codice civile la teoria è uniforme, ma si agisce per manutenzione anche quando vi sia lo spossessamento completo, purchè non sia violento nè clandestino, nel qual caso si avrebbe lo spoglio, art. 685, 694 e 695.

Digitized by Google

onde può esercitarsi dal proprietario che abbia l'amministrazione dei beni proprii, e da qualsivoglia altra persona a cui è stata confidata l'amministrazione de'beni altrui, sempre quando però abbia la facoltà di stare in giudizio. Segue da ciò che i conduttori non possono esercitare azione di manutenzione, ma debbono farne denuncia a'proprietarii (1).

§ 347. È contrastato tra gli scrittori di Diritto Romano se l'azione possessoria di manutenzione, quella cioè derivante dagl'interdetti *uti possidetis* ed *utrubi*, sia reale o personale, ma generalmente si ritiene come reale, sia perchè il possesso è affine alla proprietà, sebbene niente vi abbia di comune, sia perchè si esercita *adversus omnes*, contro chiunque turbi (2).

§ 348. Giova intanto avvertire la differenza tra l'azione di revindica e l'azione di manutenzione. L'una tende alla dichiarazione di proprietà, e l'altra al mantenimento dello stato di fatto del possesso (3).

Interdicta recuperandae possessionis

(Spoglio)

§ 349. Questi interdetti sono principalmente due: 1. L'interdetto *de vi* per chi sia violentemente spogliato del possesso di un immobile, pel quale dovea far domanda di restituzione fra un anno dalla espulsione. 2. L'interdetto *de clandestina possessione* per le usurpazioni clandestine d'immobili, de'quali si domandava la reintegrazione. Accanto ad essi vi erano le *condictiones*, le quali, sebbene rientrassero nella teoria delle obbligazioni, fondandosi sul principio che niuno deve arricchirsi a danno altrui, pure s'impiegavano per ricuperare i mobili tolti violentemente o clandestinamente, non provvedendo a'mobili que'due interdetti. Non deve intanto tacersi che alcuni scrittori sostengono che l'interdetto *unde vi* si estendesse a poco a poco anche a'mobili, cosicchè col tratto di tempo non vi fu più bisogno pe'mobili di ricorrere alla teoria delle *condictiones*. Comechessia però, è certo che gl'interdetti *recuperandae possessionis* erano concessi soltanto a chi avesse avuto il possesso civile della cosa nel

(1) Per Codice civile la teoria è uniforme, art. 1582.

(2) Oggi non è dubbio che tale azione è reale, perchè il possesso costituisce una presunzione di proprietà, art. 685 e 694.

(3) Oggi la differenza è più palese, perchè l'una tende alla dichiarazione di proprietà, e l'altra alla dichiarazione di presunzione di proprietà, art. 439, 685, 694.

Digitized by Google

momento in cui gli era tolta, e chi guadagnava con tali interdetti n'era perciò costituito possessore (1).

§ 350. La violenza nello spoglio può essere fisica o morale. La clandestinità consiste nella intenzione di occultare la privazione del possesso allo spogliato. È regola che lo spogliato con violenza può violentemente ricuperare la cosa, purchè lo faccia *confestim, non ex intervallo*; e la ragione sta nella massima, *vim vi repellere licet*, cioè lo spogliato con violenza, senza ricorrere ad azione alcuna, può mantenersi nel possesso con la forza e ricuperarlo immantinenti. Ma lo spogliato clandestinamente deve sempre adire l'autorità giudiziaria (2).

§ 351. L'azione di spoglio non è reale ma personale, perchè à la sua base in un rapporto obbligatorio qual'è lo spoglio che costituisce sempre un delitto almeno civile (3).

---

(1) Questa teoria venne variata profondamente dal Diritto Canonico, il quale proclamò la massima *spoliatus ante omnia restituendus*, e stabilì — 1. l'azione di spoglio competere a qualunque possessore — 2. aver luogo su qualunque specie di beni — 3. potersi esercitare anche contro il terzo possessore — 4. non esser necessaria la violenza, ma bastare l'uso di un mezzo illecito nel privare altrui del possesso — 5. potersi agire in ogni tempo, anche dopo scorso l'anno dallo spoglio. Il Codice civile partendo da' principii che niuno può farsi giustizia da se stesso, e che è regola di ordine pubblico e di pace di prevenire la violenza aperta od occulta, ritenne la massima *spoliatus ante omnia restituendus*, e dispose che fosse o no legittimo il possesso della cosa tolta, sia questa mobile o immobile, si fosse operato lo spoglio violentemente o clandestinamente, sempre chi è stato spogliato ha diritto ad essere reintegrato in quel qualunque possesso che aveva, con la sola condizione che debba agire fra un anno dal sofferto spoglio, art. 695. Conseguenze di questa novella teoria sono: 1 che quegli a cui la cosa si restituisce non ne è costituito possessore legittimo; 2 che l'azione di spoglio non esclude che dopo la restituzione s' intenti azione di manutenzione; 3 che possono intentare azione di spoglio anche quelli che non abbiano la proprietà, o l'amministrazione della cosa tolta, come sarebbero i conduttori. Intanto pel novello principio già cennato che nei mobili il possesso vale per titolo, la reintegra pei mobili può aversi soltanto allora che un terzo non li avesse acquistati in buona fede, art. 707, ma è sempre salvo a chi è stato spogliato per furto il diritto derivante dagli art. 708 e 709 Cod. civ.

(2) Per Codice civile la teoria è uniforme, art. 695.

(3) Per la medesima ragione il Codice Civile è uniforme, ed anche perchè la reintegra non dà oggi la presunzione di proprietà come la dà la manutenzione, art. 695.

Digitized by Google

GIUDIZIO POSSESSORIO E GIUDIZIO PETITORIO

§ 352. È massima che — *nihil habet commune proprietas cum possessione* (1). Onde il giudizio intorno alla proprietà, chiamato petitorio, è all'in tutto distinto dal giudizio intorno al possesso, chiamato possessorio. Il giudizio petitorio versa sulla investigazione della proprietà, e con la dichiarazione di proprietà ha definitivamente il suo termine. Il giudizio possessorio versa invece sulla investigazione del possesso, e con esso si decide non a chi spetti la proprietà della cosa, invece a chi ne spetta il possesso; ma, terminato il giudizio sul possesso, può imprendersi di poi e sulla stessa cosa il giudizio sulla proprietà (2).

§ 353. Or ciascuno cerca di agire in giudizio possessorio piuttosto che in petitorio per quattro ragioni. La prima è che il giudizio possessorio è sempre spedito in forma breve. La seconda è che è difficile la prova della proprietà, e facile quella del possesso, riducendosi questo a mero fatto. La terza è che chi vince nel giudizio possessorio, non deve fare alcuna prova nel giudizio petitorio. La quarta è che chi perde nel giudizio possessorio à sempre aperta la via al giudizio petitorio (3). È perciò vietato il cumulo del possessorio e del petitorio nello stesso giudizio, onde segue che l' attore dopo istituito il giudizio possessorio non può passare al petitorio fino a che il possessorio non sia espletato, e del pari segue che il convenuto in giudizio possessorio non può difendersi in petitorio, vale a dire deve difendersi relativamente al possesso o darsi per vinto, e finita la causa in possessorio può agire in petitorio. Ma il cumulo del possessorio e del petitorio non si estende fino al segno che l'attore in petitorio non possa durante il giudizio di revindica agire anche in possessorio, e soltanto in tal caso si sospende la causa petitoriale per dar luogo alla possessoriale (4).

---

(1) Anche oggi niente ha di comune la proprietà col possesso, ma si è già avvertito fin dalla prima nota al § 331, che per la influenza del Diritto Canonico è invalso il principio novello che il possesso costituisce una presunzione di proprietà.

(2) Per Codice civile la teoria è uniforme, art. 439, 685 e 694.

(3) Si avverta che per Codice civile, come si è detto in nota al § 351, l'azione di spoglio non costituisce legittimo possessore colui che è reintegrato nel possesso, cosicchè oggi tali quattro ragioni ànno tutto il valore per l' azione di manutenzione, ma non per l'azione di spoglio.

(4) È d'uopo formarsi una lucida idea del sistema vigente.

Pel principio novello che il possesso dà la presunzione di proprietà, ogni

Digitized by Google

DENUNZIA DI NUOVA OPERA

(operis novi nunciatio)

DENUNZIA DI DANNO TEMUTO

(actio damni infecti)

§ 354 Ad ognuno deve essere lecito di allontanare il danno dalle cose proprie. Può sovrastare un danno alle proprie cose o per una

---

qualunque cumulo è assolutamente vietato, per la contraddizione che non consente che la disputa della proprietà debba cedere il campo alla disputa della presunzione di proprietà, mentre la presunzione deve tacere in vista della realtà. Oggi chi istituisce la causa in petitorio riconosce senz'altro il possesso nell'avversario.

Giova insistere su questo punto per intender bene la teoria attuale.

Nel petitorio la base del giudizio è la proprietà, cioè si cerca la dichiarazione di proprietà di una cosa contro di uno che la possiede. Nel possessorio la base è il possesso, cioè si cerca la dichiarazione della presunzione di proprietà contro di uno che vuole attentare a tale presunzione, cioè al possesso. Or la presunzione cede alla realtà, il petitorio cumulato col possessorio lo assorbirebbe, e i giudizi possessorii riuscirebbero impossibili.

Di che seguono due conseguenze per l'attore, e due pel convenuto. Per lo attore: — 1. chi ha istituito il giudizio petitorio non può più promuovere i possessorio, perchè ha reclamato la proprietà ed ha riconosciuto il possesso nello avversario, art. 443 Cod. proc. civ. — 2. chi ha istituito il giudizio possessorio può invece abbandonarlo e promuovere il giudizio petitorio, perchè niente impedisce che chi ha cercato il possesso, lo riconosca invece nell'avversario e domandi la proprietà; ma deve rinunziare agli atti del giudizio possessorio e pagarne le spese, art. 445, capoverso ultimo, Cod. proc. civ. Pel convenuto: — 1 chi è stato convenuto nel giudizio petitorio d'ordinario non ha ragione di agire in possessorio, perchè gli è stato riconosciuto il possesso, argom. art. 443 e seguenti Cod. proc. civ.; ma se pur ne fosse molestato o spogliato dall'attore, può spingere azione di manutenzione o di spoglio, art. 443 e 444 Cod. proc. civ. — 2 chi è stato convenuto in giudizio possessorio non può promuovere giudizio petitorio finchè la sentenza sul possessorio non siesi pronunziata ed eseguita interamente col pagamento de' danni e delle spese, art. 445 Cod. proc. civ., e la ragione è che prima di dare l'agio di reclamare la proprietà a chi à attentato al possesso in mano altrui bisogna punirlo col pagamento de' danni e spese.

Per rapporto poi alla competenza si ha — 1. che il Pretore è competente per l'azione possessoria di qualunque valore per meglio isolarla dall'azione petitoria, e per dare un giudice vicino a' luoghi e che provveda prontamente, art 82 n. 2 Cod. proc. civ. — 2. che se nel corso del giudizio petitorio vi sia una turbativa di possesso, il reclamo sarà deciso per incidente dal giudice del petitorio; ma se vi sia spoglio, provvede sempre il Pretore per la reintegra e rimanda poi le parti al Giudice del petitorio, art. 444 Cod. proc. civ.

Digitized by Google

opera non ancora fatta ma incominciata da altri, ovvero per una opera già compiuta ed esistente. Al primo caso risponde la denuncia di nuova opera, al secondo la denuncia per danno temuto. Queste azioni non sono nè possessorie nè petitorie, sibbene misure straordinarie che tendono a mantenere inviolate le ragioni di possesso o di proprietà, cioè costituiscono un provvedimento provvisorio che resta fermo finchè non sia provveduto sulle ragioni dei contendenti, le quali ragioni possono riferirsi tanto al possessorio che al petitorio. Onde accade che al giudizio posteriore (possessorio o petitorio che sia) appartiene l'esame del merito, cioè si discu*tono* i diritti di dominio o di possesso, secondochè quelle azioni di denuncia di nuova opera o di danno temuto si rannodino all'uno o all'altro di tali elementi. Codeste azioni non tolgono punto al possessore il beneficio del possesso, perchè tendono unicamente a prevenire un danno provveniente da un'opera cominciata e non finita, ovvero da un'opera già esistente e compiuta (1).

La teoria di ciascuna di tali azioni dev'essere partitamente esposta.

Denuncia di nuova opera

§ 355. La definizione di essa è—*sollemnis quaedam prohibitio vicino facta ne in opere inchoato pergat , donec de jure constiterit* — La denunzia di nuova opera deve riunire tre condizioni, cioè—1. la ragione di temere un danno—2. un'opera nuova come causa di tale timore—3. opera cominciata e non finita (2).

§ 356. Intorno alla prima condizione è da osservare che il danno deve contenere una minaccia di offesa ad un diritto reale del denunciante, cioè una offesa che sia diretta alla proprietà o ad una frazione di essa, e così ad esempio una fabbrica novella che venga a togliere l' esercizio di una servitù. Se poi vi è danno , ma chi lo arreca ha diritto di farlo, come ad esempio alzando un muro a distanza legale e privando il vicino della veduta del mare o de' raggi solari , non si ammette denuncia. È poi indifferente che l' opera nuova si faccia sul suolo proprio o sul suolo altrui , e soltanto è interessante che si offenda ingiustamente un diritto reale del denunciante (3).

§ 357. Relativamente alla seconda condizione è da avvertire che l' opera nuova deve consistere in un' opera che si congiunga al

---

(1) Per Codice civile si hanno principii identici, art. 698 e 699.
(2) Per Codice civile la teoria è uniforme, art. 689.
(3) Teoria uniforme, art. 698.

Digitized by Google

suolo mutando lo stato de' luoghi, il che accade *aut aedificando aut detrahendo*. Di che segue che non è opera nuova quella di restauro, nè lo sono il taglio di alberi, la mietitura ec., e in generale ogni altra opera non aderente al suolo (1).

§ 358. Rapporto alla terza condizione, l'opera deve essere cominciata, altrimenti non esiste la minaccia; e non deve essere finita, nel quale caso non resta che agire in via petitoria o possessoria. Il lavoro s' intende cominciato quando ne apparisca qualche idea precisa, e vi sia per lo meno un apparecchio, come di calce, pietre, ecc. (2).

§ 359. Per la denuncia di nuova opera, lo stesso denunciante può *verbis, nutu, aut jactu lapilli* imporre all'avversario la sospensione dell' opera intrapresa, overo può fargli dar l'ordine dal Magistrato. Nell' uno o nell' altro caso chi fa l' opera nuova deve sospendere all' istante, e si procede subito al giudizio chiamato di rimessione (3). Il quale consiste in ciò che il Magistrato deve sommariamente prendere cognizione del fatto delibando in certo qual modo il diritto. Se egli si convince che l' innovatore abbia agito *jure*, non accoglie la denuncia. Se si convince che abbia innovato *injuria* ordina la sospensione dell'opera. Se non è pienamente convinto di avere l' innovatore agito *jure aut injuria*, può permettere la continuazione dell'opera obbligando l'innovatore ad una cauzione per la demolizione e pel risarcimento de' danni dopo il giudizio di merito petitorio o possessorio (4).

§ 360. Se l'innovatore continua nell'opera dopo la denuncia fatta, e molto più se continua dopo la inibizione data nel giudizio di remissione, l'opera di poi fatta deve disfarsi (5).

---

(1) Teoria uniforme, art. 698.

(2) Teoria uniforme, art. 698.

(3) Per Codice di procedura civile non è ammessa la proibizione di privata autorità, nè è distinta l'opera del magistrato in due stadii di proibizione e di rimessione: invece il denunciante deve sempre adire il Pretore, il quale procederà nel modo come si dirà nella seguente nota. Art. 938, 939, 940. Cod. proc. civ.

(4) Per Codice civile, la teoria è uniforme se il Pretore si convinca che lo innovatore abbia agito *jure aut injuria*, ma nel caso di dubbio può ordinare la sospensione ovvero la continuazione dell' opera cominciata, secondochè gli appariscano più fondate le ragioni del denunciante, ovvero dell' innovatore; ma però, sempre nel caso di dubbio, impone una cauzione al denunciante se ne ordini la sospensione, o all' innovatore se invece ordini la continuazione dell'opera, art. 698.

(5) Per Codice di procedura civile, se la parte non obbedisca alla inibizione, è in facoltà del pretore di fare o no ridurre le cose al pristino stato, art. 940 Cod. proc. civ.

Digitized by Google

Danno temuto

§ 361. La definizione è — *dammum quod nondum factum est, quodque futurum veremur*—La denuncia di danno temuto richiede il pericolo di danno che può derivare dalla cosa di uno sulla cosa di un altro, ed è diretta ad ottenere cauzione pel caso in cui il danno avvenga (1).

§ 362. Per questo istituto i principii di diritto sono tre — 1. Il pericolo di danno non dev' essere immaginario a giudizio dello attore, ma vero e reale — 2. La cauzione dev' essere proporzionata al danno possibile—3. Il denunciato che non dia la imposta cauzione deve rilasciare il possesso della cosa al denunciante, il quale farà le riparazioni a spese di quello, ed ha diritto di ritenere la cosa fino al pagamento della spesa sostenuta (2).

---

(1) Per Codice civile l'azione di danno temuto è diretta ad ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo, o s'ingiunga al vicino l'obbligo di dare cauzione pe' danni possibili, art. 699.

(2) Per Codice Civile, la teoria è uniforme pe'primi due principii. In quanto al terzo il precetto di legge è che il Pretore ha doppia facoltà, cioè o di provvedere per ovviare al pericolo determinando le opere da farsi dal denunciato, o imponendogli una cauzione pe' danni possibili, art. 699. Se il denunciato non faccia le opere, può il denunciante essere autorizzato a farle a spese di quello. Se il denunciato non dia cauzione, può esservi astretto quante volte ne abbia i mezzi, per esempio con una iscrizione ipotecaria; e se non ne ha, possono imporglisi le opere necessarie per essere al sicuro dal pericolo, autorizzando il denunciante a farle a spese del denunciato.

Digitized by Google

PROPRIETA'

§ 363. La parola *proprietà* à nelle leggi un doppio senso, largo e dottrinale da una parte, ristretto, tecnico e volgare dall'altra.

Nel primo senso abbraccia la proprietà personale, la reale, la morale, la familiare e la civica. E le leggi debbono proteggerle tutte, e intendere a far trionfare l'uomo individuo con l'elevazione civile dell'uomo collettivo.

Possedere e godere la propria persona illesa, libera e sicura da qualunque offesa e vincolo, tutte le volte che non si offendano i diritti di alcuno, è la proprietà personale.

Possedere e godere liberi, illesi e sicuri i beni che costituiscono il patrimonio proprio, accrescerli, e commerciarli senza offendere l'eguaglianza altrui, è la proprietà reale.

Possedere e godere integro, illeso e sicuro il buon nome, nutrire la credenza religiosa che a ciascuno riesce più accetta, acquistare le cognizioni migliori e comunicarle liberamente, è la proprietà morale.

Unirsi in matrimonio, stabilire una famiglia, reggerla ed amministrarla liberamente, salvi i diritti de'membri e la civile tutela, senza che verun privato possa attentarvi, è la proprietà familiare.

Vivere in istato di civile società, e godere di tutti i diritti di equa protezione e di soccorso in qualità di membro privato, è la proprietà civica.

Codesti cinque generi di proprietà costituiscono il complesso dell'ordine civile sanzionato dalle leggi, ed ànno come condizioni indispensabili l'indipendenza, la libertà e la difesa sociale, egualmente competenti a tutti, ed egualmente inviolabili.

§ 364. La proprietà in senso ristretto, tecnico e volgare, si restringe soltanto alla seconda, cioè alla reale.

Di essa dobbiamo formarci un concetto giuridico, chiaro e preciso, lasciando a'filosofi, agli economisti e a' politici le disputazioni proprie del loro campo.

La proprietà reale è il complesso di tutte le facoltà che possono competere a taluno sopra una cosa, come già abbiamo cennato al § 327, è la *plena in re potestas*. Inst. § 4 *de usufructu*, 2, 4. Il proprietario à il potere di valersi dell'oggetto del suo diritto in quella maniera che a lui piace, e sempre senza alcuna dipendenza da altro uomo, n'è in somma il *moderator et arbiter* L. 21. Cod. *mandati* 4,33, e soltanto può talvolta incontrare de'limiti.

Digitized by Google

§ 365. Codeste però sono idee generiche, e bisogna meglio concretizzarle facendo conoscere in che consiste la essenza della proprietà, e quali sono i limiti che possono esserle imposti.

La essenza della proprietà riposa nella libertà del dominio, e nel possesso della cosa che ne forma oggetto.

La libertà del dominio comprende due funzioni, l'una positiva per la quale il proprietario può fare della cosa sua ciò che gli piace, ed anche distruggerla se così vuole, e l'altra negativa per la quale può egli escludere ogni altro dalla cosa stessa.

Il possesso comprende la relazione e connessione della cosa con la persona e col libero potere fisico del proprietario in guisa ch'egli usar ne possa senza ostacolo a propria utilità.

Tali sono i due principii sopra cui la proprietà è fondata.

I Giuristi dicono che gli elementi della proprietà sono l'*usus*, il *fructus*, l'*abusus*, e che i caratteri distintivi sono di essere la proprietà *assoluta*, *esclusiva e perpetua*. Essi parlano in modo più positivo, ma è chiaro che tanto i tre elementi quanto i tre caratteri vengono a fondersi in que'due principii direttivi e supremi.

Di vero: in quanto agli elementi.

1. L'*usus* si riferisce alla capacità del proprietario di far servire la sua cosa direttamente o indirettamente alla sua utilità o ad altro suo volere, e comprende le facoltà d'impiegare la cosa in quel modo che al proprietario meglio aggrada, darle altra forma, alienarla, soggettarla a pesi, e viceversa rifiutarne l'alienazione se altri la voglia, o i pesi se altri volesse imporveli, come pure di stabilire i termini di confine, di chiudere il proprio fondo e simili. Tutto ciò mette capo al principio della libertà.

2. Il *fructus* si riferisce al godimento, e comprende le facoltà di trarre dalla cosa ogni sorta di frutti. E ciò è proprio del principio del possesso.

3. L'*abusus* è la distruzione, ed anche l'abbandono della cosa, e ciò evidentemente torna al principio della libertà.

In quanto poi a'caratteri della proprietà;

1. L'essere *assoluta* si riferisce al potere illimitato che il proprietario à sulla cosa, onde vale il principio di libertà.

2. L'essere *esclusiva* à relazione con la facoltà di respingere gli attentati che si facessero alla cosa, e di revindicarla da qualsiasi possessore o detentore, onde il principio del possesso.

3. L'essere *perpetua* la proprietà nelle sue prerogative accenna alla integrità, alla indipendenza, ed alla libertà della cosa propria, ciò che è sempre presunto, dovendo i pesi e i vincoli essere provati, il che è conseguenza del principio di libertà.

Digitized by Google

Ma v'ànno limitazioni, e queste possono derivare o dalla volontà stessa del proprietario mediante le convenzioni cui consente, e così per le servitù, ipoteche ec.; o dalla volontà de'testatori e così per la indivisione imposta per alcuni anni da costoro; o dalla legge come le discipline imposte tra'proprietarii de'fondi contigui, la espropriazione o la servitù per causa di pubblica utilità, l'uso delle foreste, il prosciugamento delle paludi, gli scavi delle miniere, l'allineamento e il mantenimento degli edifizii sulle strade pubbliche, e simili.

Laonde libertà e possesso, moderati dalla legge o dalla libera volontà del proprietario, sono i cardini che sostengono il diritto di proprietà, che è diritto di libertà civile, e pietra angolare dell'edificio sociale (1).

§ 366. Se non che la proprietà à la forza di estendersi, in doppio modo, vale a dire — 1. a ciò che è sotterra ed allo spazio sovrastante — 2. ed alle accessioni. In quanto alla prima estensione vale la massima — *qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum* — e ciò sempre fin dove è possibile per natura far valere su queste due parti la signoria esclusiva di un solo, e sempreché v'abbia una utilità pratica qualsiasi pel godimento del fondo, utilità che deve prendersi in lato senso ed anche per la colonna di aria che sovrasta il fondo, colonna che non potrebbe essere occupata da un vicino ad esempio con uno sporto (vedi § 292) (2). Relativamente poi alle accessioni, delle quali per la loro importanza parleremo or ora in apposito istituto, esse costituiscono uno sviluppo della proprietà, un accrescimento della proprietà che già si possiede e non un modo di acquisto di proprietà nuova è distinta (3).

Ma la proprietà, come abbiamo già cennato al § 325 e seg., deve avere a proprio oggetto immediato una cosa corporale. Questo punto deve rimaner fermamente impresso nella mente de'giovani, e noi dobbiamo bene spiegare come si parli tutto giorno di proprietà di diritti. Vi sono diritti reali, quali il possesso, le servitù, il pegno e le ipoteche. Vi sono de' pesi reali, quali sono i livelli; i censi consegnativi ec. Vi sono de'diritti di obbligazione, cioè di crediti.

Or i diritti reali, e i pesi reali consistono nell'entrare in un rapporto diretto con la cosa corporale che resta nel possesso, almeno di diritto, del proprietario, ànno con la proprietà la stessa cosa ad

(1) Onde se ne occupa lo Statuto Costituzionale, che dichiara la proprietà inviolabile, meno per le limitazioni imposte o permesse dalla legge, art. 29; e d'altra parte il Codice Civile ritiene tutti i principii ora svolti, art. 436 e 443.

(2) Teoria uniforme, art. 440.

(3) Teoria uniforme, art. 443.

Digitized by Google

immediato oggetto, partecipano del carattere della proprietà, e si riducono a limitazioni del diritto di proprietà, cioè a concessioni che il proprietario fa ad altri di alcuna delle sue facoltà sulla cosa corporale che è nel suo dominio. Laonde i diritti reali e i pesi reali ànno anch'essi, come la proprietà, una cosa corporea a loro immediato oggetto, e vengono noverati di seguito alla proprietà nella cui famiglia rientrano. La proprietà e la *plena in re potestas*, i diritti reali e i pesi reali partecipano in qualche punto e per alcun verso della potestà del proprietario. I diritti reali e i pesi reali dunque ammettono una proprietà disgregata e ristretta, e sopra una cosa corporea, la quale però si trova non presso chi à un somigliante diritto, ma invece presso il proprietario.

Però, oltre i diritti reali ed i pesi reali, non possono formare oggetto di proprietà i diritti di obbligazione, cioè di credito, perchè questi poggiano sopra base del tutto diversa e consistono in un semplice rapporto obbligatorio, che passa tra una persona ed un'altra. Confondere i due rapporti reale e personale non si può, senza ingenerare enorme confusione, e senza cadere in errore evidente non essendo punto conciliabili quei due rapporti che sono così distinti. Ecco perchè i diritti di obbligazione non ammettono possesso, ed il possesso di un diritto (come abbiam veduto nella materia possessoria a'§ 335 e 344) può consistere soltanto in un diritto reale.

La frase *proprietà di un credito* non deve perciò prendersi nel senso di vera proprietà, ma invece nel senso che il credito si trova nel patrimonio della persona perchè ogni persona ha nel suo patrimonio e diritti reali e diritti di obbligazione (1).

§ 367. Dovendo la proprietà e le frazioni di essa avere sempre per oggetto una cosa corporale, ci è d' uopo dare qui una qualche breve idea di un altro genere di proprietà , qual' è quello del pensiero, relativamente alle opere d' ingegno di cui esso è capace.

Il pensiero dell' uomo è la parte più intima del suo essere , la manifestazione della sua esistenza, l' emanazione spirituale della sua divina intelligenza. La proprietà dell' idea è proprietà della persona, e v' è un diritto di proprietà ad esercitarsi quando l' idea si manifesta esteriormente e riveste una forma materiale. Il valore letterario, artistico e industriale (come di un libro, di una sinfonia, o di una invenzione meccanica) prende un valore venale tostochè l'opera sia pubblicata, e il valore venale appartiene all'autore o all' in-

(1) La teoria è oggi uniforme. Che la proprietà e gli altri diritti reali abbiano per oggetto una cosa corporale anche per Codice Civile, si trae per argomento dagli art. 436, 438, 439, 443, e 685. La parola proprietà è adoperata in senso improprio nell'art. 1538 a proposito de'crediti.

Digitized by Google

ventore, i quali soli possono realizzarlo con la loro speculazione. Gli autori e gl' inventori non lavorano soltanto per la società, ma anche per se stessi, e se la società aumenta il suo ben essere mediante l' opera di quelli, è giusto che li retribuisca dando ad essi il diritto di ritirarne l'utile industriale e commerciale.

Fa d' uopo dunque ammetter senz' altro il principio della proprietà degli autori e degl' inventori per le loro produzioni.

Però vera proprietà in tal caso non esiste, per tre ragioni. La prima è che, si tratti pur d' idea concretizzata e materialmente ridotta a segni esteriori, è sempre idea, la quale non è cosa corporale. La seconda è nel noto adagio *nil novi sub sole*: l' autore, l' artista, o l' inventore, qualunque sia il suo genio, per quanto originali sieno le sue produzioni, si giova sempre de' lavori di quelli che lo àn preceduto, delle idee già sparse in società, de' mezzi che intelligenze anteriori án messo a sua disposizione, e della massa di forze, che riunite da' secoli passati, ed alle quali ciascun giorno porta il suo contingente, aumentano le forze individuali. La terza è che il pensiero una volta emesso entra nel dominio del pubblico che se ne impossessa e fino a un certo segno può farlo suo.

I principii di libertà e di possesso su cui poggia la proprietà; gli elementi in cui la proprietà si risolve di *usus*, *fructus* e *abusus*; i caratteri di assoluto, esclusivo, e perpetuo, mal possono adattarsi ad un' opera d' ingegno.

Non dovea dunque ad essa darsi il nome di proprietà, nè concederlesi la stessa forza della proprietà sulle cose corporee, ma il nome dev' essere di *privativa*, *privilegio*, e simili, e l' effetto deve consistere nel godimento diviso fra l' autore fino ad una certa durata di tempo, e la società dopo che il tempo per legge prefisso sia trascorso (1).

§ 368. La proprietà può essere di un solo, ovvero comune a più persone; può essere rivocabile ed irrevocabile; piena e semipie-

(1) Nè il Codice Civile all' art. 437, nè la legge del 25 giugno 1865 relativa alle opere d' Ingegno, parlano di *proprietà* degli autori, invece il Codice in quell' articolo dice che le produzioni dell' ingegno *appartengono* a' loro autori, e la legge speciale s' intitola de' *diritti spettanti* agli autori. Ma, sia qualunque il nome dato, l' interessante è che si è fatto a meno del nome, per non urtare la suscettività miticolosa degli scienziati, e si è ritenuta la sostanza, per la quale il Codice fissa in quell' art. 437 il principio del diritto che l' autore à sulla sua opera, e la legge speciale poi lo svolge e l' applica col criterio del godimento diviso fra l' autore fino a un certo tempo, e la società che viene poi ad impossessarsene. Per questo punto il nostro legislatore à seguito il sistema de' ripieghi proprii del Pretore romano, il quale cambiava i nomi, ma raggiungeva il fine propostosi di addolcire l' asprezza del diritto rigoroso e di renderlo sempre più umano e socievole.

Digitized by Google

na, e per diritto antigiustinianeo potea essere quiritario e bonitario. Codeste sono le quattro principali divisioni.

È di un solo la proprietà, quando ad un solo appartiene per intero. E comune quando la proprietà è di più persone per parti intellettuali. In quest'ultimo caso si ha la comunione, materia importante di diritto, sopra cui parleremo in apposito istituto.

É revocabile quella proprietà, che o per disposizione della legge (come nella revoca della donazione per sopravvenienza di prole), o per volontà dell'uomo (come nella vendita col patto di ricompra) può fare ritorno al precedente proprietario, ovvero passare ad un terzo verificandosi una determinata condizione. Ed in questo caso la rivocazione o è retroattiva e risale al tempo dell'acquisto in guisa da estinguere i diritti acquistati dai terzi nel tempo intermedio (*revocatio ex tunc*); o non è retroattiva e prende forza soltanto dal momento in cui si verifica, talchè rimangono salvi i diritti acquistati dai terzi nell'intervallo (*revocatio ex nunc*). È irrevocabile la proprietà quando non è soggetta a tali vicende, e come irrevocabile si presume fino a prova in contrario (1).

È piena quando il diritto di percepirne gli emolumenti spetta al proprietario. È semipiena quando ad uno appartiene la nuda proprietà e ad altro il diritto di averne gli emolumenti, come accade nell'enfiteusi, ovvero di goderne la superficie. Dell'enfiteusi e della superficie parleremo nella materia contrattuale.

Per intendere l'ultima divisione di proprietà quiritaria e bonitaria, bisogna sapere che in origine per diritto Romano si riconosceva una sola specie di proprietà, quella cioè acquistata nei modi stabiliti dalla legge, e dei quali parleremo tra i modi di acquisto. Chi veniva ad averla senza adoperare i modi dalla legge stabiliti, era considerato come semplice possessore, e soggetto alle vicende dei possessori, e specialmente alla revindica da parte del proprietario. Era ben duro di vedersi spogliato da un momento all'altro della cosa acquistata, sol perchè non si erano adoperate le solennità dalla legge stabilite. Accadde di poi che il Pretore prese a dare la proprietà dei beni a persone che non avrebbero dovuto averla per legge civile, ma che per legge naturale ne avevano tutto il diritto, e così ad esempio ai figli emancipati, i quali per la emancipazione avuta non succedevano per legge alla eredità paterna, come pure per altri casi. Il Pretore che non poteva urtare la severità delle leggi dando la proprietà a quelli ai quali le leggi la negavano, cambiava di frase, e diceva di dare il *possesso dei beni*. Di qui surse

(1) Teoria uniforme, art. 436, 1083, 1515 e 1787.

Digitized by Google

il dominio bonitario, il quale non solo avea valore per l' acquisto fatto dietro il possesso de' beni concesso dal Pretore, ma anche per gli altri modi di acquisto naturali , e senza le solennità stabilite dalla legge. A tale dominio bonitario fu data sicurezza dapprima con la *exceptio doli*, con la quale l' acquirente potea respingere l' alienante ed i suoi successori che avessero voluto da lui rivendicare la cosa alienata senza adoperare le solennità della legge ; e di poi fu concessa anche la *utilis rei vindicatio* per reclamare la cosa dai terzi. Gli antichi modi di trasferimento di proprietà vennero scomparendo, scomparve del pari la distinzione tra cose mancipi e non mancipi , come abbiamo detto al § 289, quei rimedii della *exceptio doli* e della *utilis rei vindicatio* erano molto efficaci, e ai tempi di Giustiniano la distinzione tra dominio quiritario e bonitario era più nominale che reale, e venne abolita.

La proprietà à avuto tre nomi successivamente , seguendo gli elementi che più prevalsero. Nei primi tempi si chiamava *mancipium* (*a capere manu*) perchè prevaleva la forza; poi si chiamò *dominium* (*a domo*) perchè la personalità del padre assorbiva quella di tutta la famiglia; e quindi *proprietas* (*a proprio*) perchè la personalità non fu più assorbita dal capo di famiglia , ma era pur propria dei figli.

§ 369. Dopo di ciò può intendersi la definizione volgare del diritto di proprietà, cioè *jus in re corporali* (dovendo l' oggetto essere cosa corporea) *ex quo facultas de ea disponendi* (e per riguardo alla libertà che ha il proprietario, e per riguardo al possesso della cosa, giusta i due principii innanzi spiegati) *eamque vindicandi nascitur* (cioè la revindica per la quale si reclama il possesso), *nisi lex vel conventio* , *vel testatoris voluntas obstet*, che sono le tre limitazioni, delle quali abbiamo fatto discorso.

La facoltà della rivendicazione , di cui abbiamo innanzi parlato a' § 365 e 369 , è una delle più importanti che il proprietario abbia, ed è bastantemente intrigata , onde ci fa d' uopo esporla con qualche sviluppo. Dopo di che tratteremo degli altri tre istituti dei quali abbiamo pur fatto cenno, cioè dell' accessione, della comunione e de' modi di acquistare la proprietà.

Digitized by Google

RIVENDICAZIONE DELLA PROPRIETA'

§ 370. La facoltà di rivendicare dà luogo all' azione vindicatoria, la quale è definita : *actio in rem competens domino , ex dominio pleno , aut minus pleno , contra quemcumque possessorem in id ut actor dominus declaretur, eique res restituatur cum omni caussa, accessionibus, fructibusque, pro qualitate possessionis.* Si dice *actio in rem* perchè l'azione è reale, derivante cioè da diritto reale, *competens domino,* potendo il solo proprietario avanzarla, *ex dominio pleno aut minus pleno,* potendo rivendicarsi o la proprietà piena, o la semipiena come per l'enfiteusi, *contra quaemcumque possessorem,* dovendosi l' azione rivolgere contro chi possiede la cosa, *in id ut actor dominus* [*declaretur eique res restituatur* perchè l' azione vendicatoria tende a far dichiarare dal giudice la proprietà dell' attore, e ad ottenere la restituzione della cosa , *cum omni caussa , accessionibus , fructibusque , pro qualitate possessionis* perchè la restituzione della cosa va accompagnata dagli accessorii e da' frutti, i quali si debbono in vario modo secondochè il possessore era in buona o mala fede.

Da ciò si vede che chi rivendica una cosa deve dimostrare di esserne proprietario , e rivolgersi contro il possessore di essa , onde tre sono i punti ne' quali si svolge la teoria della rivendicazione, cioè — 1 proprietà nell' attore — 2 possesso nel convenuto — 3 cosa che si rivendica. Alla rivendicazione è analoga l' azione pubbliciana, della quale parleremo di seguito.

Proprietà nell' attore.

§ 371. La prova della proprietá imposta al rivendicante è molto difficile, al segno che venne chiamata *probatio diabolica,* dapoichè, se egli non abbia acquistato per usucapione o per occupazione, deve dimostrare due cose, cioè — 1 il titolo del suo acquisto — 2 il diritto del suo autore. In quest' ultimo punto sta la difficoltà, perchè per dimostrare il diritto del proprio autore, sovente deve ricorrersi al diritto dei predecessori di costui, finchè non si trovi che alcuno di essi abbia acquistato mediante usucapione od occupazione.

Ma, non ostante tale difficoltà , chi rivendica deve dar la prova netta della proprietà , altrimenti è respinto , e la cosa resta presso il possessore. D' altro canto è giusto che quella prova si dia , sia perchè trattasi di togliere i beni dal legittimo possesso altrui, sia anche perchè a niente rileva dimostrare l' acquisto della proprietà, se in

Digitized by Google

pari tempo non si dimostri il diritto di colui dal quale l' acquisto si ripete, per la massima, *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.* Ulpiano poi lo dice espressamente nel Fr. 20 *de adquirendo rerum dominio* 41. 1. *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum qui accipit, nihil transfert.*

Poco importa conoscere chi sia il proprietario, cioè a chi realmente spettino i beni rivendicati dall'uno e posseduti dall'altro quando nè l'uno nè l'altro giunga a dimostrare la proprietà. Tali beni restano al possessore, perchè *in pari caussa melior est conditio possidentis.* Fr. 128 *de regulis juris*, 50. 17.

La prova della proprietà comprende anche quella della identità della cosa che si rivendica, per la ragione che la proprietà versa sempre sopra cosa corporea individualmente determinata. *Appellatio enim re non genus sed speciem significat.* Fr. 6. *de rei vindicatione*, 6. 1.

Inoltre chi rivendica deve dimostrare di esser proprietario della cosa nel momento in cui promuove l'azione in giudizio, e ciò è presunto se egli giunga a dimostrare il suo diritto di proprietà in tempo precedente, o il diritto del suo autore. Che se il rivendicante divenisse proprietario in corso di causa, dovrebbe riprodurre la dimanda in base al dominio acquistato; e se in corso di causa cessasse di esser proprietario, mancherebbe di ragione a proseguire la lite perchè cadrebbe *in eum casum a quo incipere non poterat.*

Intanto si badi bene a non confondere la revindica di una cosa con la istanza di restituzione di una cosa in forza di un rapporto obbligatorio, ad esempio di locazione, di deposito ec. La revindica è basata sul rapporto di diritto reale che passa tra il proprietario e la cosa, e suppone il possesso legittimo di essa nell'avversario. La istanza di restituzione è basata invece sul rapporto di diritto di obbligazione che passa tra due o più persone, e suppone il possesso legittimo in colui che fa la istanza e non nell'avversario.

Del rimanente a nulla rileva che la proprietà sia piena o semipiena per la enfiteusi, irrevocabile o revocabile per qualche condizione (1).

Possesso del convenuto.

§ 372. La rivendicazione si fa contro il possessore della cosa, qualunque egli sia, e sia qualunque la causa del suo possesso. Fr. 9, 52, e 54 *de rei vindicatione*, 6. 1. (2).

(1) Tali principii sono uniformi per Codice Civile, art. 439.

(2) Teoria uniforme, art. 439 e 1582.

Ma pel possesso possono accadere cinque casi diversi, cioè:

1. che il convenuto lo abbia ed affermi di averlo, e allora la contesa procede senza ostacoli, e si passa alla pruova della proprietà (1).

2. che il convenuto abbia il possesso, ma neghi di averlo, e in tal caso basta all'attore provare che il convenuto è in possesso della cosa, e non à l'obbligo di provare la proprietà. Fr. 80 *de rei vindicatione*, 6. 1. (2).

3. che il convenuto abbia il possesso a nome altrui, e in tale ipotesi resta liberato designando la persona nel cui nome detiene la cosa (*laudatio, aut nominatio auctoris*) (3).

4. che il convenuto non abbia il possesso e finga di averlo (*liti se obtulit*) per trarre l'attore in inganno, ad esempio per far correre in vantaggio altrui la usucapione, e allora deve rispondere di tutti i danni che cagiona (4).

5. che il convenuto abbia lasciato di possedere. Su questo punto dobbiamo soffermarci.

Il possessore può lasciar di possedere in buona fede o in mala fede, ad esempio con una vendita, che può esser da lui fatta credendosi proprietario della cosa, ovvero sapendo di non esserlo. Se egli lascia in buona fede di possedere, l'azione vendicatoria dev'essere rivolta contro il possessore attuale salvo a costui di chiamare in garanzia il suo autore, secondo le norme e ne'casi che saranno spiegati a proprio luogo. Se poi il possessore lascia di possedere in mala fede, questa dev'essere punita, e la pena per diritto romano consisteva in ciò che, non ostante si fosse egli privato del possesso, era ritenuto come possessore, e il rivendicante agiva contro di lui con azione reale di revindica senza doversi dar pensiero di colui che realmente possedeva la cosa. Il convenuto che si era in tal caso privato del possesso della cosa, cioè l'avea alienata in mala fede, era tenuto a ricuperarla e a restituirla al proprietario, e, se non lo faceva, il proprietario veniva ammesso a giurare pel valore della cosa stessa che il convenuto dovea pagargli. Veggasi il titolo del Digesto *de alienatione judicii mutandi caussa facta* 4, 7, e il Fr. 131 *de regulis juris*, 50. 17. (5).

---

(1) Teoria uniforme art. 439 e 1312.

(2) Per Codice Civile non è riconosciuto questo diritto nel rivendicante, e perciò vale la regola generale che chi dice deve provare, art. 439 e 1312.

(3) Teoria uniforme, art. 1582.

(4) Teoria uniforme, art. 1151.

(5) Il Codice Civile è uniforme alla teoria romana se alcuno in buona fede abbia lasciato di possedere, non essendovi ragione ad aggravare la sua condizione oltre alla garenzia che deve all'acquirente. Ma quando il possessore abbia la-

Digitized by Google

§ 373. Anche quando poi il convenuto sia in possesso, il proprietario non può esercitare la rivendicazione se sia obbligato alla guarentigia della cosa. È canone che chi deve garentire non può evincere. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Il dovere della garenzia distrugge il diritto della rivendicazione. Spieghiamoci con un esempio. Tizio vende a Cajo un terreno che non è suo ma di sua sorella: tanto Tizio, quanto la sorella istituiscono erede Sempronio figlio di costei. Sempronio non potrebbe rivendicare il fondo da Tizio, perchè se il fondo è suo, come figlio ed erede della madre, è tenuto d'altra parte a garentire come erede dello zio. Niuno può pretendere con una mano ciò che deve restituire con l'altra. *Dolo facit qui petit quod redditurus est* (1).

Cosa che si rivendica.

§ 374. Per riguardo alla cosa, colui che rivendica à tre diritti, cioè alla cosa, agli accessorii e a'frutti. Ne ha due quegli dal quale si rivendica, cioè il pagamento delle migliorie e la ritenzione.

---

sciato di possedere in mala fede, il Codice distingue tra il caso in cui lo abbia fatto prima e quello in cui lo abbia fatto dopo istituito contro di lui il giudizio di rivendicazione. Se prima, egli non è possessore, onde il Codice non vuole che possa contro di lui agirsi con azione reale di rivendicazione. Se dopo, è certo che il giudizio fu bene istituito contro di lui quando era in possesso, onde l'azione reale, che fu contro di lui spiegata, non può cangiarsi in personale pel solo fatto di lui che volontariamente e in mala fede si è privato del possesso durante il giudizio, per lo che il giudizio medesimo continua e il convenuto è obbligato a ricuparar la cosa per l'attore a proprie spese, e, non potendo ricuperarla, a risarcirgliene il valore, senza che l'attore sia pregiudicato nel diritto di proporre invece la sua azione contro il possessore novello, art. 439 capoverso.

Questo è il sistema del Codice Civile, ed è perfettamente razionale perchè non si debbono senza necessità far finzioni nella legge, quando l'intento si può bene raggiungere. Il Codice non à voluto che per punire chi in mala fede à lasciato di possedere, si ammettesse la finzione di ritener come possessore colui che nel fatto non lo è, e che si potesse arbitrariamente ed a base di una finzione agire contro di lui con l'azione reale di rivendicazione. E il Codice à potuto ben farlo, perchè la mala fede è sempre punita col risarcimento dei danni ed interessi e ciò rientra nella dizione generica dell'art. 1151. Cosicchè oggi se alcuno è in possesso di una cosa, e in mala fede cessa di possederla prima che sia istituito contro di lui il giudizio di revindicazione, l'azione reale vendicatoria dovrà proporsi contro di quello che realmente sta in possesso della cosa, salva sempre l'azione di danni contro il possessore precedente che in mala fede l'alienò, tra i quali danni rientrano evidentemente anche le spese di ricupero dalle mani dell'acquirente.

(1) Teoria uniforme, art., ed argom. art. 1482.

Digitized by Google

§ 375. La cosa che si rivendica deve essere alienabile, singolare e e corporale. Alienabile, cioè deve poter formare oggetto di proprietà, dappoichè se mai si tratti di cosa che non può rientrare nel patrimonio privato, non è possibile rivendicarla. Singolare, *sive per individuum sive collective,* cioè un oggetto semplice come un fondo, una casa, ovvero una universalità di fatto come un gregge, una biblioteca; ma non deve essere una universalità di diritto come la eredità, perchè la legge dà altre azioni diverse dalla vendicatoria, e così per l'eredità vi è la *petitio hereditatis.* Corporale, cioè una cosa stabile, ovvero una cosa mobile, ma non deve essere una cosa incorporale, perchè la legge dà per esse altre azioni diverse dalla vendicatoria, e così dà l'*actio confessoria* per le servitù , la *quasi serviana* per le ipoteche ec. Per altro v'ànno norme speciali per le cose rubate, e di esse faremo parola nell'istituto della usucapione e della prescrizione ove eade a proposito discorrerne (1).

Se la cosa che si revindica è perita, il possessore di mala fede deve pagarne il valore al proprietario, purchè la cosa non sarebbe ugualmente perita presso di costui, e il possessore di buona fede deve pagargli tanto quanto siane divenuto più ricco. Fr. 40 *de hereditatis petitione* 5. 3. Fr. 5 *de rebus creditis* 12, 1. Fr. 82 *de verborum obligationibus* 45. 1. (2).

Con la cosa debbono restituirsi anche gli accessorii, e se questi sono periti si segue la medesima regola ora indicata (3). Quali sieno gli accessorii si vedrà parlando dell'accessione ai §§ 377 e seguenti.

In quanto poi alla restituzione de' frutti, la teoria sarà spiegata come a luogo più adatto nella materia dell'accessione mista e precisamente nella parte relativa alla percezione de' frutti, cui à diritto il possessore di buona·fede a' § 391 e seguenti.

Codesti sono i diritti che à sulla cosa colui che rivendica — Ma sulla cosa medesima, come abbiamo cennato al § precedente, à del pari due diritti colui dal quale si rivendica, cioè il possessore, e tali due diritti consistono nel pagamento delle migliorie, e nella ritenzione della cosa revindicata, fino a che il pagamento non sia eseguito.

---

(1) Teoria uniforme, art. 439 Cod. Civ. 79 e 94 Cod. proc. Civ. Sebbene oggi le azioni non vanno distinte con nomi speciali, com'era per diritto romano, pure da tali articoli si vede, e in pratica si osserva che la rivendicazione è propria delle cose corporali. Per altro gli scrittori di diritto civile odierno sono uniformi su questo punto. Quanto alle cose rubate, alle smarrite , e quelle acquistate in buona fede da'terzi, si parlerà nell'istituto della usucapione e della prescrizione.

(2) Teoria uniforme, art. 439 e 1298.

(3) Teoria uniforme, art. 439, 443 e 1298.

Digitized by Google

Tanto il diritto al pagamento delle migliorie, quanto quello di ritenzione della cosa, muovono da due principii i più semplici e veri, cioè 1° che niuno debba arricchirsi a danno altrui — 2° che la mala fede deve essere punita.

E cominciando dalle migliorie (*impensae*), per conoscere in quali casi e con quale misura colui che à fatto delle spese sulla cosa che poi gli è rivendicata abbia diritto ad esserne pagato, convien distinguere la differente natura delle migliorie medesime, e la differente natura del possesso che à avuto quegli che è soggetto all'azione vendicatoria. Le migliorie possono essere necessarie, utili, e voluttuarie, secondochè abbiamo spiegato al § 288 — Il possesso può essere stato di buona o di mala fede come meglio spiegheremo al § 392.

Or se il possessore della cosa, cioè quegli contro di cui si rivolge l'azione vendicatoria, sia stato in buona fede, avrà diritto per le migliorie necessarie ad esserne interamente rivalutato; per le migliorie utili nella misura della vera utilità, che ne provviene al proprietario con un equo riguardo alla specialità del caso, Fr. 38, *de rei vindicatione* 6, 1; e per le migliorie voluttuarie, avrà il *jus tollendi*, cioè il diritto di toglierle purchè non danneggi la cosa. — Quando invece il possessore della cosa, cioè quegli contro cui si rivolge l'azione vendicatoria, sia stato in mala fede, avrà diritto per le migliorie necessarie ad esserne rivalutato, ma per le migliorie utili e per le voluttuarie avrà il *jus tollendi*, cioè il diritto di toglierle senza danno della cosa, L. 5, Cod. *de rei vindicatione* 3,32. Intanto giova aver presente quanto diremo a' § 386 e 390 per riguardo all'accessione derivante dalle fabbriche, dalle piantagioni, e dalla semina, avendo tale materia un intimo nesso con la materia delle migliorie (1).

Relativamente poi al diritto di ritenzione (*jus retentionis*) è certo

(1) Per Codice civile le migliorie si distinguono ancora in necessarie, utili e voluttuarie, ed il possesso di buona fede va pure distinto da quello di mala fede (veggansi note a' § 288 e 392).

Se il possessore, cioè colui dal quale si rivendica, sia stato in buona fede chi esercita l'azione vendicatoria deve per le spese necessarie rivalutarlo per intero, per le spese utili nella somma minore che risulti tra lo speso ed il migliorato, e per le spese voluttuarie deve permettere al possessore il *jus tollendi*, cioè il diritto di togliere quelle che si possono staccare senza danno del fondo.

Se invece il possessore sia stato in mala fede, il revindicante deve per le spese necessarie rivalutarlo interamente, ma per le spese utili il rivendicante ha la scelta di ritenerle, o di obbligare il possessore di mala fede a levarle, e, se preferisce di ritenerle, le deve pagare nella somma minore che risulti tra lo speso ed il migliorato; quanto poi alle migliorie voluttuarie, il possessore di mala fede à diritto al *jus tollendi*, art. ed arg. art. 449, 450, 495, 704, 705, 706, 1150, 1490, 1892. Veggasi pure quanto si dirà in nota a' § 386 e 390 per l'accessione derivante dalle fabbriche, dalle piantagioni e dalla semina.

Digitized by Google

che farebbe prova d'insigne mala fede il proprietario, che à revindicato la sua cosa, se volesse ritoglierla dal possessore senza pagarlo prima delle migliorie fattevi, poichè il possesso della cosa medesima nelle mani di quello che vi ha fatto una spesa per migliorarla, è per lui una guarentigia del pagamento — Onde per diritto romano, il *jus retentionis* rientrava tra le eccezioni *doli mali*. La equità suggerisce che chi in buona fede à fatto una spesa sopra una cosa, non la debba restituire senza esser prima pagato — Ma si avverta che cosiffatta equità si sente pel possessore di buona fede, non già per quello di mala fede, dovendo le azioni, che muovono da rea coscienza non esser mai protette dal legislatore. Fr. 14, § 1, *communi dividundo* 10, 3. — Fr. 8, pr. *de pignoratitia actione* 13, 7.

Or se il possessore, cioè colui dal quale la cosa si rivendica, era in buona fede, ed à fatto delle migliorie, per le quali gli compete il diritto di esser pagato secondo le norme esposte nel § precedente, egli può ritenere la cosa fino al pagamento—Il possesso della cosa fino al soddisfacimento, gli dà una sicurezza, della quale le Leggi non debbono privarlo.

Il diritto di ritenzione poi non è limitato alla sola revindica, ma si estende anche ad altri istituti di diritto, alcune volte per ragioni di equità, altre volte per volontà espressa delle parti, e tal altra per volontà presunta, e se ne terrà parola ne' proprii luoghi (1).

Azione pubbliciana.

§ 376. Analoga all'azione vendicatoria era l'azione Publiciana, la quale è così detta da che fu inventata dal Pretore Publicio.

Potea verificarsi che alcuno avesse comprato in buona fede una cosa da chi non ne era il vero padrone, che la cosa comprata gli fosse stata consegnata, e che prima di compiere il tempo richiesto

(1) La teoria del diritto di ritenzione è uniforme per Codice civile — Per la ritenzione nella revindica, il Codice muove, come per Diritto romano, da ragioni di equità, e dispone che al solo possessore di buona fede (e non a quello di mala fede) compete la ritenzione de'beni per causa di miglioramenti in essi realmente fatti e sussistenti, se questi sono stati domandati nel corso del giudizio di rivendicazione, e già venne fornita qualche prova della sussistenza in genere de'medesimi, art. 706. Anche per ragioni di equità il Codice concede il diritto di ritenzione — 1 al coerede che conferisce un immobile in natura pel rimborso delle somme che gli sono dovute per spese e miglioramenti; art. 1023 — 2 al compratore contro cui si fa uso del patto di riscatto, per tutte le somme che deve rimborsargli il venditore, art. 1528 — 3 al depositario per tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito, art. 1863 — Il diritto di ritenzione si esercita per volontà espressa dalle parti nel pegno, e nell'anticresi, art. 1878 e 1891; e per volontà presunta ne'casi specialmente indicati al capoverso dell'art. 1888, cui si richiama l'art. 1896, e all'art. 1958 n. 7, 8, e 9

Digitized by Google

per la usucapione ne avesse perduto il possesso, e la cosa medesima si trovasse nel possesso di altri il quale la tenesse senza titolo o per forza di titolo più debole. Or con l'azione publiciana si stabiliva che chi avesse con giusto titolo e buona fede acquistato una cosa della quale avesse perduto il possesso, potesse ricuperarla da chi la possedeva con titolo meno forte.

Così, ad esempio, se nè l'attore nè il convenuto possono fare una prova rigorosa della proprietà, ma l'attore à acquistato a titolo oneroso e il convenuto a titolo lucrativo, questi, benchè si trovi in possesso della cosa deve rilasciarla all'altro, perchè il titolo oneroso è più forte del lucrativo, dovendosi, nel conflitto tra il danno e il vantaggio, piuttosto allontanare il danno anzichè procurare il vantaggio.

In altri termini, il Pretore per viste di equità dava la preferenza a chi presentasse un titolo più forte, quante volte niuno de'due riuscisse a provare nettamente il dominio, la cui prova è sempre difficile. Riteneva il Pretore come compiuta la usucapione, mentre in realtà non si era ancor verificata, e ciò per dare assistenza a quello che pel titolo più forte la meritava.

Dopo di ciò si può intendere la definizione dell'azione publiciana, la quale è — *actio in rem pretoria, qua is qui a non domino rem bona fide et ex justa caussa traditam accepit, amissa possessione, adversus quemcumque possessorem, jure infirmiore subnixum, agit ad rem cum omni caussa eodem modo, ut in rei vindicatione, restituendam* — Si dice — *actio in rem praetoria*, perchè fu inventata dal pretore, e l'azione era reale a somiglianza della revindicazione— *qua is qui a non domino rem bona fide et ex justa caussa traditam accepit*, perchè il vizio stava nell'essersi comprato da uno che non era padrone, ed il rimedio si trovava nella buona fede, nel giusto titolo, e nella tradizione — *amissa possessione*, perchè per istituire l' azione di revindica bisogna riconoscere il possesso nell' avversario — *adversus quemcumque possessorem jure infirmiore subnixum*, perchè il titolo con cui possedeva l'avversario dovea essere più debole — *agit ad rem cum omni caussa eodem modo, ut in rei vindicatione, restituendam*, perchè gli effetti dell'azione publiciana erano eguali a quelli della rivendicazione.

Da tutto ciò si vede che chi voleva agire con l'azione publiciana, per riavere la cosa da lui acquistata dovea provare — 1. il giusto titolo e più forte di quello dell'avversario—2. la buona fede, e bastava che vi fosse stata al tempo dell' acquisto — 3. la tradizione della cosa — 4. il possesso attuale della medesima cosa nel convenuto.

Digitized by Google

Del rimanente, ed in ispecie per riguardo agli effetti, le regole stabilite per la revindica erano comuni all'azione publiciana.

Per altro chi avesse riavuto la cosa in forza di tale azione, la riteneva bensì come padrone, ma era sempre esposto all'azione vendicatoria del vero proprietario (1).

---

(1) Quest'azione publiciana non è stata riconosciuta dal Codice Civile, il quale non ne parla in alcun luogo, e la ragione è che per Codice Civile si è data maggior forza al possesso, e la teoria possessoria si è molto variata, come si è veduto in nota a'§ 331 a 351.

Digitized by Google

ACCESSIONE

§ 377. Per bene intendere la teoria dell'accessione fa d'uopo ricordare la differenza che passa tra *sostanza* ed *accidente*, *principale* ed *accessorio*, *tutto* e *parte*.

Sostanza è ciò che à la personalità propria ed individua: accidente è modalità che può trovarsi e non trovarsi nella sostanza, la quale perciò è definita — *ens quod per se subsistit et substinet accidentia* — Così, il terreno è sostanza per rapporto alla casa fabbricatavi, che è un accidente: la casa è sostanza per rapporto al parato apposto nelle stanze ec.

§ 378. Principale è quella cosa che ne assorbe e domina un'altra che le è subordinata, e che perciò si chiama accessoria. Cioè quando vi è un rapporto tra due cose, l'una delle quali resta sostanziale, e l'altra ne diviene modalità ed accidente, quella dicesi principale, e questa accessoria. Così, la doratura posta in un libro, in un vase, in una camera, non è più oro staccato, ma è modalità, val dire accessorio del libro, del vase, della camera. Così del pari, la palla diviene accessorio del fucile tostochè questo si carichi, il giardino è accessorio della casa tostochè il suolo è apparecchiato e destinato a tale uso. In altri termini quella delle due cose che perde la sua qualità sostanziale e viene ad essere modalità o accidentalità dell'altra, si chiama accessoria, e quella che resta con la sua qualità sostanziale si chiama principale. Accessoria si dice l'una, perchè cede per rapporto all'altra la sua qualità sostanziale; e principale si dice l'altra, perchè fa divenir la prima una sua modalità. Onde è chiara la definizione della cosa principale — *principale est ob quod alterum est*. È principale quell'una tra le due cose per la quale l'altra esiste, cioè la cosa accessoria non avrebbe ragione di esistere unita, dipendente, o soggetta all'altra cosa principale, se questa non fosse sostanziale. Ciò significa che è principale quella che resta sostanziale, ed è accessoria l'altra che passa ad essere modalità della prima, che serve all'ornamento, uso, o compimento di essa. È regola generale che *accessorium sequitur suum principale*.

§ 379. Riguardo poi al tutto e alla parte, ogni cosa come ente materiale consta di parti, e così il corpo di un animale à le sue parti nelle membra, il suolo à le sue parti di terra, di pietre ec., l'acqua è parte del suolo. Ma non è di questo tutto che noi dob

Digitized by Google

biamo occuparci, essendo ciò cómpito di altre scienze, invece dobbiamo chiarir bene la differenza del tutto dalla parte sotto l'aspetto legale per rapporto alle cose che ànno una connessione tra loro, sicchè l'una faccia parte dell' altra.

Più cose possono costituire un tutto, e l'una cosa far parte dell'altra, e la loro connessione può verificarsi in duplice maniera. Cioè la connessione può esser fisica e tale che l'una cosa faccia parte dell'altra, e ciascuna cosa perda la sua separata esistenza e ne risulti un tutto, come ad esempio la terra che il fiume *pedetentim et et latenter* trasporti dal fondo situato in una sponda al fondo situato nell'altra sponda, ovvero i legni, le vele ec. che costituiscono la nave. E la connessione può non esser fisica, cioè più cose possono costituire un tutto, e l'una cosa far parte dell'altra, mantenendo però ciascuna di tali cose la propria esistenza separata. Per questa seconda specie di connessione, cioè pel caso in cui il tutto consti di parti staccate, può la connessione esser più o meno intima; cioè può una cosa, mantenendo la sua esistenza separata, far parte di un'altra e perdere la propria indipendenza relativamente all'altra cui aderisce, e può non perdere la indipendenza propria. Vale a dire la connessione fra più cose, che restano separate, può esser talmente necessaria che, senza tal connessione, non è completo il tutto, e invece la connessione fra più cose, che restano separate, può non avere quella necessaria relazione. Così è più intima la connessione che passa tra la casa e le tegole che stanno al tetto, ed è meno intima la connessione tra la casa e il giardino adiacente. Le tegole esistono bensì separatamente, ma poste sul tetto perdono la propria indipendenza, completano il tutto che è la casa, e non possono concepirsi come stanti di per se, mentre il giardino si può concepire come distaccato dalla casa.

Or quando vi è connessione fisica che formi il tutto, e ciascuna cosa perda la sua separata esistenza, e l' una delle cose faccia parte dell'altra (esempio la unione di terra lungo le rive de'fiumi) si à l'*accessione* propriamente detta. Quando vi è connessione non fisica ma di aderenza e di ausilio, e ciascuna cosa mantenga la sua separata esistenza, ma l'una cosa faccia parte dell'altra e perda relativamente a questa la sua indipendenza e venga a completarla in maniera che senza quella connessione il tutto non sarebbe quello che è (esempio le tegole sul tetto), si à la così detta *parte integrante*. Quando vi è connessione del pari non fisica ma di aderenza e di ausilio, e ciascuna cosa mantenga la sua separata esistenza, e l'una cosa faccia parte dell'altra, e tutte abbiano la loro indipendenza (esempio il giardino per rapporto alla casa) si à la *pertinenza*.

Digitized by Google

Per altro la parola *accessione* comprende in largo senso e la *parte integrante* e la *pertinenza*, rientrando queste nella famiglia degli accessorii e degli accidenti.

Onde noi parleremo prima dell'accessione propriamente detta, e poi dell'accessione impropriamente detta, cioè della parte integrante e della pertinenza (1).

ACCESSIONE PROPRIAMENTE DETTA

§ 380. L'accessione propriamente detta sí à quando vi è connessione fisica tra più cose, l'una delle quali divenga modalità dell'altra che resta sostanziale, cioè faccia parte dell'altra, sicchè perdano la loro esistenza separata, e ne risulti un tutto. Lo abbiamo già detto al § precedente. Può accadere che le cose unite siano dello stesso proprietario, com'è pei prodotti delle terre e degli animali, e allora non v'è dubbio che il tutto sia di lui. Ma può avvenire invece che le cose unite sieno di più persone, e allora, non potendosi il tutto, che è fisicamente unito, considerare nel dominio di ciascuno de'proprietarii delle diverse cose che àn formato l'intero, dovrà regolarsi a chi di essi spetti il tutto, sicchè gli altri proprietarii non possano rivendicar la cosa propria. E qui più che in altro vale il principio generale da noi già cennato al § 378 — *accessorium sequitur suum principale.*

Da ciò si vede che l'accessione costituisce uno sviluppamento del diritto di proprietà, piuttostochè un acquisto immediato della medesima. È vero che un acquisto si fa sempre, dal momento che vien preso l'accessorio, ma dal punto di vista filosofico e giuridico si à che il dominio della cosa accessoria non è un dominio novello, ma è lo stesso dominio della cosa principale che à preso maggiore estensione e consistenza. Onde la definizione dell'accessione, la quale è— *quod rei nostrae adjungitur incrementnm.* L'accessione è la proporzione maggiore, l'aumento che si à nello sviluppo della nostra proprietà (2).

Or l'accessione va divisa in due classi, cioè — 1 accessione che à il proprietario pe'prodotti della sua cosa, che noi chiameremo *accessione ne'prodotti* — 2 accessione che à il proprietario di una cosa, con una cosa di altro proprietario, e noi la chiameremo *accessione nelle unioni* (3).

---

(1) Tutte tali idee reggono per Codice Civile. Veggansi le seguenti note.

(2) Tutte tali idee reggono per Codice civile. Veggansi le seguenti note.

(3) Questa divisione è uniforme per Codice civile. Veggansi le rubriche del Capo 2 e 3, Titolo 2, Libro 2.

Digitized by Google

Ma qui si avverta bene che l'accessione nelle unioni può verificarsi soltanto allora che la unione siesi fatta senza il consenso dei proprietarii delle cose unite. In tale sola ipotesi può applicarsi la teoria dell'accessione per vedere a quale de'proprietarii spetti il tutto. Che se per contrario la unione sia accaduta per consenso de' proprietarii, si avrà invece la comunione, la quale non mena alla conseguenza di dare il tutto ad un solo, ma per converso mena alla divisione, e, quando questa non possa comodamente farsi, mena alla vendita e alla distribuzione del prezzo (1).

Accessione ne'prodotti.

§ 381. Tutto ciò che produce la cosa, ed in qualunque modo avvenga il prodotto, è una specie di accrescimento e di accessorio della medesima, ed il proprietario ne acquista il dominio *vi ac potestate rei suae*. Da questo diritto di accessione segue che il dominio di tutti i prodotti che provvengono da una cosa mobile o stabile, e per qualsiasi modo, è del proprietario della cosa stessa. Anzi le nuove opere che rendono più fruttifera la cosa come le piantagioni, le costruzioni, gli scavamenti, si presumono fatti dal proprietario ed a sue spese, e si presumono appartenere al proprietario fino a prova contraria. Fino che i frutti son pendenti formano parte del fondo — *Fructus pendentes pars fundi videntur*. Fr. 44 *de rei vindicatione* 6. 1. Ma appena vengono distaccati, sono un essere distinto dalla terra che li produsse, e costituiscono uno sviluppo di essa, il quale sviluppo è sempre di ragione del proprietario della terra medesima (2).

Eguale teoria è pel feto degli animali. Fino a che il feto sia nel ventre della madre è con essa una cosa sola; ma, uscitone appena, il feto prende una esistenza a se, e per diritto di accessione entra nella proprietà del padrone dell' animale da cui nacque. Onde l'assioma — *partus sequitur ventrem*. Il feto spetta al proprietario della femina, non già del maschio col quale la femina si congiunse, perchè dal ventre della femina il feto prende la sua sostanza, sebbene questa fosse stata vivificata dal maschio. Se perciò il maschio sia di un proprietario, e la femina di un altro, il feto spetta al proprietario della femina (3).

(1) La teoria è uniforme, argom. art. 466, 471, 473, 474, 475, 684, 987, 988, 989, 990. Ma il Codice civile in alcuni casi ammette che l'accessione meni alla conseguenza della comunione, come si vedrà discorrendo principalmente della accessione industriale.

(2) Teoria uniforme, art. 443 e 444, 447 e 448.

(3) Teoria uniforme, art. 444.

Digitized by Google

Lo stesso era in diritto romano per riguardo a'servi. Il feto nato dalla serva era del padrone di questa, non già del padrone del servo con cui ella si era congiunta.

Vi sono però tre casi ne'quali chi non è proprietario della cosa fa suoi i frutti, ma codesti tre casi non distruggono il principio che il proprietario ha il diritto di accessione su' prodotti della sua cosa, e invece lo confermano.

I tre casi sono—1 quello dell'usufruttuario— 2 quello del fittaiuolo e del creditore anticretico — 3 quello del possessore di buona fede. E noi vedremo ne' proprii luoghi (1) che tutti e tre costoro hanno diritto a prendersi i frutti, ma per usufruttuario è certo che quando si costituisce l'usufrutto, la parte di dominio corrispondente viene a staccarsi e passa per un determinato tempo nel capo di quello: il fittaiuolo ed il creditore anticretico hanno i frutti per contratto ripassato col proprietario, il quale non lascia di esser tale; e finalmente il possessore di buona fede fa suoi i frutti appunto per questa buona fede alla quale la legge ha voluto portare un riguardo, ma è sempre salvo il principio che i frutti spettano al proprietario della cosa, e ciò è così vero per quanto, se manchi la buona fede, il possessore è tenuto a restituirli al proprietario (2).

Di che si vede nettamente che i frutti, come ogni altro prodotto della cosa, spettano al proprietario, il quale ha diritto allo sviluppo di essa, ad ogni maggior proporzione che essa prenda, o meglio ad ogni dirtto di accessione della cosa medesima (3).

Accessione nelle unioni.

§ 382. L'accessione nelle unioni accade, come abbiam detto a' § 379 e 380 quando due cose di diversi proprietarii sono unite e formino fisicamente un sol tutto. In generale il tutto spetta al proprietario della cosa principale, e vale l'assioma—*accessorium sequitur suum principale* — ma la materia è intrigata e difficile.

Convien distinguere tale accessione in naturale, industriale e mista, secondochè l'unione accada per sola forza di natura, per sola forza d'industria dell'uomo, ovvero per la natura e per la industria insieme (4).

---

(1) Dell' usufrutto si parlerà tra le servitù personali. Della locazione e dell'anticresi tra i contratti. Della percezione de' frutti nel possesso di buona fede si tratterà nell' accessione mista per unione, perchè d'ordinario per percepire i frutti è necessaria la forza della natura congiunta all'industria dell'uomo.

(2) Teoria uniforme, art. 1569, 1891, e 703.

(3) Teoria uniforme, art. 443 e 444.

(4) Il Codice civile non fa la distinzione dell'accessione in naturale, indu-

Digitized by Google

Accessione naturale.

§ 383. L'accessione naturale si riduce agli aumenti che si hanno nella proprietà stabile pe' capricci del fiume, e le specie ne sono quattro — 1. *Insula in flumine nata* — 2. *Alluvio* — 3. *Vis fluminis* — 4. *Alvei mutatio*.

1. L'isola nata nel fiume è comune a quelli i quali hanno i terreni dall'una e dall'altra ripa; ma con questa distinzione, cioè che se l'isola è nata nel mezzo, spetta la metà all'uno e la metà all'altro, e se non è nata nel mezzo, l'isola si divide tra loro prendendo a base la linea mediana del fiume: se poi sono più i proprietari dei terreni esistenti da un sol lato in corrispondenza dell'isola, ciascuno viene a prendersi la parte secondo l'estensione della sua proprietà. La ragione è che si presume essersi l'isola formata mediante il distacco della terra da' fondi più vicini.

Le isole nate nel mare non sono di alcuno, e come cosa *nullius* cedono al primo occupante.

Non è poi da considerarsi isola quella che tale diventa per avere il fiume formato un nuovo corso circondando uno o più terreni. In tal caso, questi restano agli antichi proprietarii (1).

2. L'alluvione è definita — *incrementum beneficio fluminis pedetentim et latenter adjectum* — cioè è l'aumento che un fondo riceve per esservi stata portata dalle acque quasi insensibilmente altra terra. L'aumento va a vantaggio del proprietario del fondo medesimo, per la ragione che non si può sapere da quali altri terreni le molecole di terra in modo così latente sieno state dalle acque prese e trasportate nel punto ove si sono unite.

Lo stesso dicasi se l'acqua impercettibilmente abbia tolto terra da una delle rive e l'abbia portata nella riva opposta. Sempre il proprietario del fondo così acresciuto viene a goderne. Perciocchè sebbene appaia che la terra da una riva sia passata all'altra, pure non se ne ha una certezza tale che possa dar luogo alla revindicazione, potendo la terra esser pure provvenuta da altro luogo, ed essendo certo invece l'unico fatto che la terra vi giunse in modo latente e insensibile.

Ma in diritto Romano si distinguevano i fondi detti arcifinii dai

---

triale e mista, ma distingue l'accessione di ciò che si unisce o s'incorpora alle cose mobili od agl'immobili. Veggansi le rubriche de'Capi 2 e 3, Titolo 2, libro 2. Per altro, come vedremo, si riesce allo stesso risultato.

(1) La teoria è uniforme per Codice civile, ma le isole formate ne' fiumi navigabili sono di proprietà dello Stato, art. 457 a 460.

Digitized by Google

fondi limitati: arcifinii erano quelli che non aveano segnale certo che li separasse dal fiume: limitati erano quelli che aveano un segnale cioè un limite, il quale era costituito da un fosso, da un muro, o dalla misura fattane quando fu divisa la terra conquistata. Or l'alluvione giovava al padrone del fondo arcifinio: l'alluvione nel terreno limitato andava a vantaggio dello Stato, purchè il limite segnava la estensione precisa della proprietà (1).

3. La forza di fiume è definita — *incrementum semel et simul adjectum* — val dire si à quando, per violenza subitanea delle acque, una parte di un terreno è staccata e trasportata in altro terreno. In tal caso il terreno distaccato ed unito all'altro resta al primo proprietario, da cui può rivendicarsi la terra trasportata, purchè non sia corso il tempo stabilito per la usucapione, la quale in questo caso si ha quando il proprietario della terra distaccata ritardi la revindicazione, e frattanto il proprietario del fondo a cui la terra si è unita, vi ha piantato alberi, e questi abbian preso radice. La ragione per la quale in tal caso si ammette la revindicazione è che ben si conosce il proprietario della terra distaccata dalla forza delle acque (2).

4. Rimane a parlare della mutazione di alveo. Se il fiume abbandona il suo corso, e se ne formi un altro, il terreno del corso abbandonato è diviso tra i proprietarii de' terreni laterali. Per altro si avverta che l'inondazione anche prolungata e prodotta da un fiume non altera menomamente i diritti di proprietà, poichè, ritirata l'acqua, ognuno resta fermo nella proprietà che prima aveva (3).

Accessione industriale.

§ 384. L'accessione industriale si à quando due cose restano unite e formano un sol tutto per sola industria dell'uomo.

Le specie di essa sono tre, cioè: 1. *adjunctio*—2. *specificatio*—3. *commixtio.*

Adjunctio

§ 385. L'aggiunzione si à quando la materia di uno si aggiunge alla materia di un altro; e ciò accade o quando una cosa mobile si

(1) Per l'alluvione la teoria del Codice civile è uniforme, ma giova sempre al proprietario del fondo, non essendovi distinzione tra fondi arcifinii e limitati, perchè non più si ammette la coquista e la divisione delle terre de'nemici, art. 453, 454 e 455.

(2) Per la forza di fiume la teoria del Codice civile è uniforme, ma la revindicazione può farsi tra un anno, ed anche dopo, se il proprietario del fondo a cui si unì la parte staccata non ne abbia preso possesso, art. 456.

(3) Per la mutazione dell'alveo, la teoria del Codice civile è uniforme. art. 461.

Digitized by Google

aggiunge ad un' altra cosa mobile o quando una cosa mobile si aggiunga ad una stabile.

L'aggiunzione di una cosa mobile ad un' altra anche mobile si verifica in cinque diversi modi, cioè:

1. *per inclusionem*, come ad esempio quando la gemma altrui è inchiusa nell'anello di un altro.

2. *per adferruminationem*, come ad esempio quando l'elsa di uno è unita alla spada di un altro.

3. *per intexturam*, come ad esempio quando i fili d'oro di uno si sono intessuti per ornamento nella seta di un altro.

4. *per scripturam*, quando alcuno scrive sulla carta di un altro.

5. *per picturam*, quando alcuno dipinga sulla tela di un altro.

Per tutti tali modi valeva la massima—*accessorium sequitur suum principale*, quando le cose unite non si poteano separare; ma se invece ammettevano separazione la si promuovea con l'*actio ad exhibendum*, e ciascuno ripigliava la sua proprietà. Per lo che, essendo le cose unite inseparabili, nel primo caso la gemma spettava al padrone dell' anello; nel secondo l' elsa al padrone della spada; nel terzo caso il filo d'oro al padrone della seta; nel quarto la scrittura al padrone della carta; nel quinto la pittura al padrone della tela. Ma perchè niuno può arricchirsi a danno altrui, e perchè la mala fede deve esser sempre punita, il proprietario della cosa accessoria non separabile avea diritto ad esser pagato del valore di essa, e chi era in mala fede dovea rispondere dei danni interessi, ed anche di furto, se vi concorrevano gli estremi.

Se nonchè per la pittura fu da Giustiniano data la preferenza al pittore *ob artis dignitatem*; e per la scrittura ne' secoli posteriori al diritto romano si diede preferenza a chi avea scritto, ritenendosi la scrittura come cosa più preziosa relativamente alla carta, e inoltre si andò al criterio del maggior pregio anche per la *inclusio*, l'*adferruminatio*, e la *intextura*, ne' casi in cui le due cose unite non fossero facilmente separabili, e si ritenne del pari che il proprietario della cosa accessoria non separabile avesse diritto ad esserne pagato dal proprietario della cosa principale, il quale dovea rispondere de' danni interessi se avesse agito in mala fede (1).

(1) Per Codice civile se si verifica l'aggiunzione di una cosa mobile ad un'altra cosa anche mobile, e se le due cose sono separabili senza notabile deterioramento, ciascuno de' proprietarii ritiene la proprietà della cosa sua, ed à diritto di domandarne la separazione. Se poi non sono separabili, tutto appartiene al proprietario della cosa principale. Che se la cosa accessoria è molto più preziosa della principale, il proprietario della cosa accessoria à la scelta o di appropriarsi tutto pagando il valore della cosa principale, o di chiedere la separazione an-

Digitized by Google

§ 386. L'aggiunzione di una cosa mobile ad una cosa stabile, si ha per la *inaedificationem*, cioè per le fabbriche. La piantagione e la semina, le quali da qualche scrittore son considerate come accessione industriale per aggiunzione, rientrano invece nell'accessione mista.

Or le fabbriche cedono sempre al proprietario del suolo, onde la massima — *quod solo inaedificatur solo cedit* (1).

Ma per le conseguenze ulteriori di diritto bisogna distinguere il caso in cui uno avesse fabbricato sul proprio suolo con materiali altrui, dal caso in cui uno avesse fabbricato coi suoi materiali sul terreno altrui.

Per diritto romano, quando alcuno avesse fabbricato sul proprio suolo con materiali altrui, il padrone di questi li perdeva, ma avea diritto di esserne pagato nel doppio.

Quando poi alcuno avesse fabbricato con materiali suoi sul terreno altrui, bisognava allora vedere se quegli che avea fabbricato lo avesse fatto in buona o mala fede. Se egli avesse fabbricato in buona fede, avea diritto di esser pagato delle spese necessarie ed utili e di ritogliersi le opere voluttuarie che potevano staccarsi, ed esser pagato di quelle che non si poteano staccare, e quante volte si fosse trovato in possesso della fabbrica, avea il diritto di ritenzione, cioè, avea il diritto di ritenerla fino a quando fosse stato pagato, come abbiamo detto al § 375. Se poi avesse fabbricato in mala fede avea diritto ad esser pagato delle spese necessarie, ma non delle spese utili e voluttuarie, per le quali egli avea soltanto il *jus tollendi*, cioè il diritto di levare quelle che si potevano togliere senza danno del fondo.

Quali siano le spese necessarie, quali le utili, e quali le voluttuarie lo abbiamo detto innanzi al § 288 (2).

---

che con deterioramento di essa, art. 464 e 466. Ma per l'aggiunzione di una cosa mobile ad un' altra cosa mobile debbono tenersi presenti altre quattro regole importanti date dal Codice civile, e delle quali noi parleremo in nota al § 388, dopo di aver discorso di tutte le specie di accessione industriale su' mobili, perchè a tutte tali specie quelle quattro regole si riferiscono.

(1) Questa massima ha in generale tutto il valore anche oggi, art. 449, 450, 451, ma non è sempre costante, come era per diritto Romano, perchè il proprietario del fondo, sopra cui altri coi suoi materiali abbia fabbricato in mala fede, può costringerlo a toglier le fabbriche, se non vuol pagarle — art. 450. Veggasi la seguente nota.

(2) Il Codice civile presenta una teoria più completa. Fa tre ipotesi e non due, ammette una grave eccezione, e dà disposizioni che meglio rispondono alla equità.

1ª *ipotesi — Opera, che alcuno faccia sul proprio suolo con materiali altrui.*

Egli deve pagarne il valore, e se è in dolo o colpa grave, deve risarcire i danni, ma quando, senza distruggere l'opera, si potessero togliere i materiali, il proprietario di questi ha diritto a levarli—art. 449.

Digitized by Google

Specificatio.

§ 387. La specificazione si ha quando alcuno con la materia altrui formi una nuova specie, come ad esempio se dall'oro di alcuno l'artefice formasse un anello. Ma la specificazione richiede di necessità che ci sia qualche cosa di nuovo nella forma, poichè se la forma già esisteva, non si avrà più specificazione, e così quando alcuno scuota le spighe altrui e ne cavi frumento, non vi è specificazione, poichè i granelli di frumento stavano nelle spighe. È necessario che la materia prenda una novella forma, come quando col panno di alcuno

---

2.ª *ipotesi — Opera, che alcuno faccia con materiali suoi sul terreno altrui.*

Il Codice distingue tra la buona o mala fede del costruttore. Se l' ha fatta in buona fede ha diritto di esser pagato delle spese necessarie ed utili, ma queste ultime gli si debbono nel meno tra lo speso ed il migliorato ed ha diritto di ritenere lo stabile fino a quando non sia pagato, art. 450, 705, 706, 1490, 1892, 1023, 1528, ha diritto pure di riprendersi le migliorie voluttuarie che si possono staccare senza danno del fondo, art. ed arg. art. 449, 450, 495. Se poi lo ha fatto in mala fede, ha diritto ad esser pagato delle spese necessarie, ma per le spese utili il padrone del fondo può fargliele levare o ritenerle, e se le ritiene deve pagarle nel meno tra lo speso ed il migliorato; in quanto poi alle migliorie voluttuarie, chi le ha fatte in mala fede può togliere quelle che si possono staccare senza danno del fondo. Veggansi i suddetti articoli.

Per questa seconda ipotesi, cioè di opera costrutta sul fondo altrui con materiali proprii, il Codice fa una grave eccezione, la quale è che se nella costruzione di un edifizio si occupasse in buona fede una porzione del fondo attiguo e la costruzione si fosse fatta a saputa e senza opposizione del vicino, potranno l'edifizio ed il suolo occupato esser dichiarati di proprietà del costruttore, il quale però sarà tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio valore della superficie occupata oltre al risarcimento dei danni. La ragione è che il silenzio del vicino di fronte ad un'opera, che si fa sul suo suolo, opera che gli è nota, equivale a consenso tacito. Veggasi quanto è detto al § 312.

Inoltre farebbe orrore il vedere, per piccolo spazio di suolo, talvolta sterile e di nessun conto, abbattuta la parte di un edifizio il quale verrebbe a perdere di ordine e di simmetria.

3.ª *ipotesi — Opera, che alcuno faccia con materiali altrui sul fondo di un terzo.*

Un esempio si avrebbe se un imprenditore facesse un'opera con materiali altrui sul suolo del committente. Il Codice dispone che l'opera cede al proprietario del suolo, e che il proprietario de' materiali per esserne indennizzato può sempre rivolgersi verso il terzo (l'imprenditore) che ne fece uso, ed anche contro il proprietario del suolo (il committente) ma soltanto sul prezzo che da questo fosse ancora dovuto, art. 451. La ragione è che l'imprenditore è sempre in colpa nell'avere adoperato materiali altrui per fare l'opera sul suolo del committente, il quale non è certamente tenuto a rispondere del fatto dell'imprenditore, e soltanto il committente può dare al proprietario de' materiali il prezzo che ancora deve all'imprenditore medesimo.

Digitized by Google

si facesse il vestito di un altro. Per riguardo a questa accessione contrastarono molto gli antichi giureconsulti se dovesse darsi la preferenza al padrone della materia o a chi vi avesse data la forma. I Sabiniani avrebbero voluto preferire il padrone della materia perchè senza di essa la forma non poteva esistere. I Proculejani invece avrebbero voluto preferire chi avea data la forma alla materia, perchè la forma rappresenta in certo modo la sostanza e dà vita alla materia. Qualche altro Giureconsulto portava un' opinione intermedia credendo che dovesse distinguersi il caso in cui la specie potesse ridursi alla prima forma, dal caso in cui non potesse ridursi. Se mai avesse potuto ridursi, stimavasi doversi preferire il padrone della materia, ed in caso diverso doversi preferire chi avesse dato la novella forma. E così, se col mio oro l'orefice ha formato un anello, io ne diverrò padrone perchè l'anello potrebbe liquefarsi e ridursi alla prima massa rude. Per contrario se con la mia lana l'artefice ha formato un panno, egli ne diverrà padrone, perchè il panno non può novellamente ridursi a lana. Ma non potendo alcuno arricchirsi a danno altrui, si riteneva che se fosse preferito quegli che avea fatta la nuova forma, dovea pagare il prezzo della materia al padrone di questa; e se per converso avesse avuto preferenza il padrone della materia, egli dovea pagare all'altro il prezzo della mano d'opera.

Codesta terza opinione fu adottata da Giustiniano, il quale dispose inoltre che quando quegli che avea dato la nuova forma avesse impiegato in parte materia propria ed in parte materia altrui, diveniva proprietario della nuova specie, anche nel caso che questa si fosse potuta ridurre alla forma primiera (1).

---

(1) Per la specificazione il Codice civile dispone che se l'artefice à adoperato materia altrui, il proprietario della materia ha diritto ad aver la cosa pagando l'artefice della mano d'opera.

Ma se l'artefice ha adoperato materia in parte propria ed in parte altrui, e non possano separarsi senza guasto, la cosa resta comune in proporzione del valore della materia, e di più per l'artefice in proporzione del valore di mano d'opera.

In entrambi i casi poi, se la mano d'opera fosse tanto pregevole da sorpassare di molto il valore della materia, l'artefice à diritto di ritenere la cosa, pagando al proprietario il prezzo della materia, art. 468, 469, 470.

Ma anche qui debbono tenersi presenti le quattro regole importanti date dal Codice civile, e delle quali noi parleremo in nota al § 338, dopo di aver discorso di tutte le specie di accessione industriale sui mobili perchè a tutte tali specie quelle quattro regole si riferiscono.

Digitized by Google

Commixtio.

§ 388. La mescolanza accade quando vengono a mischiarsi più materie. Se le materie sono aride, ciascuna materia d'ordinario ritiene la propria individualità, come per esempio mischiando il grano con l'orzo, e allora si à la vera *mescolanza*. Se le materie mischiate sono liquide, esse si fondono insieme e la loro rispettiva individualità è perduta, come per esempio mischiando il vino con l'aceto, e allora si à la così detta *confusione*.

Or tanto la mescolanza quanto la confusione possono accadere o per volontà delle parti, o per volontà di un solo de' proprietarii, o per caso fortuito.

Se accadono per volontà delle parti, vi sarà fra essi la comunione, e ciascuno di loro avrà diritto alla sua quota proporzionata alla quantità di sua materia, purchè non siesi diversamente pattuito.

Se accadono per volontà di un solo o per caso fortuito, bisogna distinguere se è possibile o no la separazione delle materie. Quando è possibile, ciascun proprietario à diritto a rivendicare la materia propria. Quando poi la separazione non è possibile, tutto diviene comune a' proprietarii diversi, ciascuno dei quali può pretendere la parte rispettiva in proporzione della sua materia. Sono intanto sempre salve le azioni di danni, ed anche di furto, secondo i casi (1).

(1) Per la mescolanza il Codice civile dispone che se le cose possono separarsi senza danno, quegli che non á assentito alla mescolanza può domandarne la separazione. Se non possono separarsi, il tutto resta comune in proporzione della materia di ciascuno, a meno che l'una delle due materie possa essere reputata come principale, ovvero fosse di valore molto superiore, ne' quali casi il proprietario della materia prevalente paga all'altro il valore della sua materia art. 471 e 472.

Rimane ora a parlare delle quattro regole che dà il Codice civile per tutte le accessione su' mobili, delle quali regole abbiamo fatto cenno in nota a' §§ 385 e 387.

La 1ª è che per l'accessione nelle cose mobili, potendosi avere combinazioni molto diverse, il giudice deve stare alle regole dal Codice dettate ne' casi tassativamente previsti, e in quelli non previsti deve regolarsi co' principii di equità naturale avendo all'un tempo riguardo a' fondamenti delle analoghe disposizioni legislative, art. 463.

La 2.ª è che, quando la cosa resta comune, ciascuno de' proprietarii à diritto a domandarne la vendita a vantaggio e spese comuni, art. 473.

La 3.ª è che, quando si può reclamare la proprietà della cosa adoperata senza l'assentimento del proprietario, questi può pretenderne altrettanto della stessa qualità, ovvero il valore della medesima, art. 474.

La 4.ª è che, quando ne sia il caso, possono sempre pretendersi i danni interessi, e può esservi luogo ad azione penale, art. 475.

Digitized by Google

Accessione mista.

§ 389. L'accessione mista si à quando provviene in parte da beneficio di natura, e in parte da industria dell'uomo, e se ne noverano tre specie, cioè — 1 *plantatio* — 2. *satio* — 3. *fructuum perceptio.*

Plantatio et satio.

§ 390. Per la piantagione e per la semina vi è il principio—*quidquid solo implantatur vel inseritur solo cedit.*

La ragione è chiara, poichè il suolo è sempre cosa principale ed è manifestamente accessorio ciò che vi si pianta o vi si semina. Per lo che o si pianta o si semina una cosa altrui nel mio terreno, o viceversa una cosa mia nel terreno altrui, sempre la piantagione e la semina va a vantaggio del proprietario del suolo, dedotte però le spese di coltura, di semenza ed altro, e fatto calcolo anche dei danni ed interessi laddove concorra colpa o dolo. (1)

V'ha però una regola speciale per riguardo agli alberi ed è—*arboris dominium ex radice extimatur* — I Romani ritenevano che il dominio dell'albero dovesse, in tutti i casi, farsi dipendere dalla radice, sia perchè l'albero trae tutto l'alimento ed il succo dalle radici, sia perchè portato un albero da un terreno ad un altro, è facile toglierlo quando le radici non abbiano ancor preso forza.

Da codesto principio segue che o il nostro albero sia stato posto nel terreno altrui, o l'albero altrui sia stato posto nel nostro, esso diviene proprietà del padrone del fondo, se le radici abbiano presa consistenza, e se non l'abbiano presa, può l'albero revindicarsi dal proprietario. (2)

Il medesimo principio direttivo, derivante dalle radici, valeva a decidere le differenze per riguardo alla proprietà dell'albero posto nel confine di due fondi. Per lo che l'albero posto nel confine era di proprietà di quello nel cui fondo avesse posta radice, e se l'avesse posta in tutti e due l'albero era comune (3).

---

(1) Per la piantagione si seguono per Codice civile le regole delle fabbriche, di cui si è parlato nell'accessione industriale, art. 449, 450 e 451: veggasi quanto è detto in nota al § 386. Per la semina la teoria è uniforme alla romana, art. 445.

(2) Non si è nel Codice civile riprodotta questa regola per gli alberi: per essi, senza avere riguardo alle radici, si seguono le norme delle piantagioni, art. 449, 450 e 451.

(3) Per riguardo alla proprietà degli alberi posti nel confine, il Codice civile non si attiene alle radici, ma invece dichiara che sono comuni pel solo fatto che sorgono nella linea di confine, o nella siepe comune, art. 569.

Digitized by Google

Fructuum perceptio.

§ 391. La percezione dei frutti va allogata fra le accessioni industriali, perchè i frutti non si possono avere, senza che l'uomo v'impieghi un'industria, come nel seminare il grano e nel raccoglierlo, ed anche quando vi sieno dei frutti che non hanno bisogno dell'opera dell'uomo per la loro produzione, pure sempre vi è l'industria nel prenderli, poichè non vi può esser percezione di frutti se non si sono presi, e, come or ora vedremo, il possessore di buona fede non ha diritto alla percezione dei frutti, se non quando li ha già distaccati. (1)

Or in che consiste l'accessione per percezione di frutti? La definizione è — *species accessionis qua is qui rem alienam bona fide et justo titulo possidet, fructus percipiendo suos facit* (2) L'accessione per percezione di frutti si ha quando alcuno in buona fede ha fatto l'acquisto di una cosa da chi non ne era proprietario, e ne abbia preso i frutti. In tal caso la legge vuole che i frutti sieno suoi e non debba darne conto e restituirli al vero proprietario che venga a revindicare la cosa.

Nella definizione si dice *species accessionis*, perchè non si ha una vera e propria accessione di cosa che si unisce ad altra, ma un fatto che molto vi si accosta, perchè mentre il fondo è di uno, i frutti vengono ad aumentare il patrimonio di altro. Si dice *qua is qui rem alienam bona fide et justo titulo possidet*, perchè è necessario il possesso della cosa con due requisiti, cioè di giusto titolo e di buona fede, e daremo or ora le definizioni del possesso, del giusto titolo e della buona fede. Si dice *fructus percipiendo suos facit*, perchè si ha in tal caso il diritto alla percezione dei frutti.

§ 392. Tre adunque sono gli elementi per la percezione dei frutti della cosa altrui, cioè — 1. possesso — 2. giusto titolo — 3. buona fede (3).

Vediamo in che consistono.

Il possesso non deve essere di semplice e naturale detenzione della cosa (*nuda rei detentio*) ma invece di detenzione della cosa credendo di esserne il proprietario dietro l'acquisto fattone, onde la definizione

(1) Il diritto alla percezione dei frutti nel possessore di buona fede, è stabilito nell'art. 703.

(2) Questa definizione regge a base degli art. 701 e 703.

(3) Questi medesimi tre sono gli elementi voluti dal Cod. Civ. per la percezione de' frutti art. 701 e 703.

Digitized by Google

di tal possesso è — *detentio rei animo domini et rem sibi habendi* (veggasi quanto è detto al § 332) (1).

Il titolo è giusto quando con esso si trasferisca il dominio—*Justo titulo possidet qui ex causa ad transferendum dominium habili possidet*— poichè, se col titolo non si trasferisce il dominio, non è possibile percepire i frutti, e così ad esempio, il titolo di locazione non mena al diritto di percezione dei frutti nel locatario il quale deve pagare il prezzo della locazione, ma menerebbe al diritto della percezione dei frutti il titolo di vendita, di donazione ecc.—Onde la definizione del giusto titolo è — *titulus ad transferendum dominium habilis* (2).

La buona fede consiste nel credere che quegli, da cui alcuno à avuto la cosa, ne è il vero proprietario e che perciò l'acquirente creda che in forza dell'acquisto fatto sia divenuto proprietario della cosa medesima. Onde è chiara la definizione della buona fede la quale è — *conscientia vel opinio qua quis se verum credit dominum* e la ragione è *quia putat eum a quo caussam habet tanquam dominum, jus alienandi habuisse* (3).

Ma qual è la ragione per cui il possessore con giusto titolo e buona fede deve far suoi i frutti? La ragione è doppia: una remota ed una prossima. La remota consiste nella buona fede in cui l'acquirente si trova, e per la quale tiene il luogo del proprietario. La prossima poi consiste nella coltura e nella cura della cosa dalla quale ha ritratto i frutti. Vi sono anche altre ragioni tutte sociali, quali ad esempio la prosperità dell' agricoltura, la protezione a' possessori ecc.

La buona fede è veramente il punto principale cui à avuto riguardo il legislatore, poichè i frutti si percepiscono sempre, anche quando coltura non vi bisogni, e sia necessaria poca cura. Onde era mestieri per diritto romano che la buona fede fosse non interrotta per dar luogo alla percezione de'frutti, vale a dire il possessore di buona fede non avea più diritto a tale percezione, tostochè entrava in mala fede, non ostante che il vero proprietario avesse più tardi fatto la revindicazione — Fr. 48 *de acquirenda possessione* 41. 2 — Fr. 2 *pro emptore* 41. 4 — Fr. 48 *de usurpationibus* 41. 3. Come vedremo al proprio luogo, la regola era contraria nella usucapione decennale per la quale si ricercava la buona fede soltanto nel principio (4).

Se il diritto consiste nella percezione de'frutti, tale diritto deve

(1) Teoria uniforme, art. 685, 701, 2115.

(2) Teoria uniforme, art. 701 e 2115.

(3) Teoria uniforme, art. 701.

(4) Per Codice Civile tanto per la percezione de'frutti, quanto per la usucapione, basta che la buona fede vi sia stata al principio, art. 702 e 2137.

Digitized by Google

essere intero, onde il possessore di buona fede ha il diritto ai frutti di qualunque specie essi siano, naturali come per le alluvioni, industriali come pel grano, e civili come pel prezzo delle pigioni di casa, nè egli deve darne menomamente conto al vero proprietario, non ostante che siane divenuto più ricco (1).

I frutti però debbono essere stati da lui percepiti, cioè separati dalla cosa, poichè se mai non si sono percepiti ed egli entri in mala fede, i frutti spettano al vero proprietario. E così, se si tratti di alberi di olivo, e si sia fatta la metà della raccolta quando il possessore è entrato in mala fede, l'altra metà spetta al vero proprietario, e se si tratti di affitto di casa, il possessore di buona fede avrà guadagnate tutte le rate scadute ancorchè non esatte, ma avrà perdute le altre rate non ancora scadute, benchè la locazione abbia avuto già cominciamento e corso (2).

Il possessore di mala fede poi non deve assolutamente fare alcun guadagno, per lo che egli deve restituire non solo i frutti percepiti, ma anche quelli che avrebbe potuto percepire e che non ha percepiti, come per esempio dovrebbe pagare il raccolto del fieno che non essendo stato fatto a tempo si è poi infracidato (3). Questa regola si osserva pel possessore di buona fede dal momento in cui per qualunque modo entra in mala fede, dal quale momento egli deve rispondere di tutti i frutti che non ha ancora raccolti e che sieno ancora aderenti alla cosa secondo le regole innanzi esposte— Fr. 48 *de acquirenda possessione* 41. 2 — Fr. 2 *pro emptore*, 41. 4 — Fr. 48 *de usurpationibus* 41. 3 (4).

A compimento di questa teoria si deggiono fare due avvertenze, cioè:

1. che la buona fede è sempre presunta, e che chi allega la mala fede deve provarla. Ciò è conseguenza delle massime—*quisque praesumitur bonus — nemo praesumitur malus, nisi probetur* (5).

2. che quando si debbono restituire i frutti, si detraggono sempre le spese fatte per la percezione—*Nulli sunt fructus, nisi impensis deductis* (6).

(1) Teoria uniforme, art. 444 e 703.

(2) Teoria uniforme, art. 703 e 444.

(3) Teoria uniforme, art. 703 e seguenti, 1147, e 1151.

(4) Questa regola per Codice Civile si osserva pel possessore di buona fede, non dal momento in cui per qualunque modo entra in mala fede, ma unicamente dal giorno della giudiziale domanda fatta dal proprietario che rivendica la cosa sua, art. 703.

(5) Teoria uniforme, art. 702.

(6) Teoria uniforme, art. 445.

Digitized by Google

PARTI INTEGRANTI — PERTINENZE

§ 393. Per quanto abbiamo detto al § 379 conosciamo già che la *parte integrante* si à quando la connessione fra più cose, che formino un tutto, non è fisica, ma ciascuna cosa mantiene la sua esistenza separata, e l'una di esse intanto perde la propria indipendenza relativamente all'altra cui aderisce, e al segno che senza codesta perdita d'indipendenza di una delle cose verso l'altra, il tutto non sarebbe quello che è, e non verrebbe a completarsi quel tutto che si desidera. Ne sono di esempio le tegole pel tetto della casa, le chiavi per le serrature ecc.

D'altro canto nello stesso paragrafo abbiam veduto che la *pertinenza* à de'caratteri pe'quali si accosta alla *parte integrante*, e ne à degli altri pe'quali ne differisce. Sono caratteri uniformi quelli pe'quali si à una connessione non fisica fra più cose, le quali mantengono la loro esistenza separata e vengono a formare un tutto. Sono caratteri differenti quelli pe'quali ciascuna delle cose, le quali formanó il tutto, mantiene la propria indipendenza, sicchè tali cose possono concepirsi separate, e come formanti un tutto speciale per ciascuna di esse: esempio ne è la casa con giardino: può aversi un tutto con la casa e col giardino insieme, ed aversi invece un tutto con la sola casa, e col solo giardino.

La *parte integrante* e la *pertinenza* differiscono a lor volta dall'*accessione*, perchè per questa la connessione fra più cose è fisica, come ad esempio la fabbrica fatta sopra un terreno, e per quelle non si à connessione fisica.

Or, mentre per l'accessione di regola il dominio dev' essere di un solo, sicchè se le cose sieno di diversi proprietarii, l'intero spetta al proprietario della cosa principale, per le parti integranti e per le pertinenze può concepirsi e può mantenersi la proprietà in ciascuno de'proprietarii delle cose diverse onde si è formato il tutto. E così, se alcuno fabbricando la casa à adoperato una quantità di tegole altrui, il proprietario delle tegole può revindicarle: se per una serratura si adoperi la chiave altrui, il proprietario della chiave può del pari farne revindicazione: ed a maggior ragione può farla il proprietario del giardino che fosse stato usurpato dal proprietario della casa.

Ma a noi preme distinguer bene la differenza di principio tra la parte integrante e la pertinenza.

Tanto la parte integrante, quanto la pertinenza sono accessorii della cosa principale ; ma nelle alienazioni tra vivi o a causa di morte, per la parte integrante vale sempre il principio *accessorium sequitur suum principale*, e tale principio non regge sempre per le per-

Digitized by Google

tinenze. Così, venduta, donata, legata una casa s'intendono sempre vendute, donate, legate le tegole del tetto, le chiavi delle serrature e simili. Ma venduta, donata, legata una casa, senza dir cosa alcuna pel giardino aderente, non sempre vi s' intende compreso il giardino. È questo un punto che verrà sviluppato ne'luoghi opportuni (1).

COMUNIONE

§ 394. Abbiamo già cennato al § 368 che la proprietà può essere o esclusiva di un solo o comune a molti.

Quando una cosa è comune a più persone non riescono applicabili tutte le regole innanzi precisate a proposito della proprietà nei § 364 e seguenti. Il comproprietario è un proprietario come tutti gli altri, ma le sue facoltà sono limitate dal rispetto ch' egli deve al diritto degli altri comproprietarii della medesima cosa.

La legge perciò dovea bene stabilire i limiti che sono assegnati al comproprietario, e dovea dettar le norme per la divisione che i comproprietarii volessero fare della cosa comune.

Parliamo prima della teoria della comunione, e passeremo poi a quella della divisione.

TEORIA DELLA COMUNIONE.

§ 395. La proprietà di una cosa non può essere esclusiva a più persone. *Duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest.* Fr. 5 § 15 *commodati vel contra* 13.6. È certo che due persone non possono essere all'un tempo proprietarii dell'intera cosa poichè vi sarebbe contraddizione e ripugnanza. Ma una stessa cosa può appartenere a più persone, ossia la proprietà di una cosa può essere comune a molti, come per esempio un terreno, una casa, un cavallo possono essere di più persone. Si dice allora che la cosa è comune, che vi è la comunione, e le parti di ciascuno sono intellettuali o astratte. Fr. 5 *de stipulatione servorum* 45.3. Nella comunione niuno dei comproprietarii è padrone esclusivo della cosa intera, ma tutti i condomini sono proprietarii della cosa stessa. Or la definizione della comunione è: *Dominium pluribus personis in unam rem competens*, val dire la comunione è il dominio che hanno più persone sopra una stessa cosa. Per lo che la comunione è un diritto reale per la ragione che si riduce al dominio, sebbene disperso fra più persone. Dà luogo a diritti personali quando si chiede la comunicazione del lucro o del danno, e

(1) Teoria uniforme, arg. art. 847, 876 1471.

Digitized by Google

in tal caso la comunione è precisamente un quasi contratto come vedremo nella materia contrattuale (1).

§ 396. Ma la comunione in che differisce dal contratto di società? È interessante conoscerlo perchè il contratto di società genera la comunione, ma una specie di comunione diversa da quella che noi ora trattiamo, per riguardo al fine che si prende di mira. Innanzi tutto la comunione si presenta come un diritto reale, e la società come un diritto personale, cioè come un contratto. Fatta la società, il fondo sociale resta comune fra i socii, e sorge dal contratto di società il diritto reale di comunione, ma la differenza esiste sempre tra la società e la comunione propriamente detta. La società si forma per consenso, è sempre un contratto, e v'è sempre l'*adfectio societatis*, cioè il fine di associarsi per guadagnare. La comunione può esistere per consenso, come quando due individui comprano una cosa in comune, e può verificarsi anche senza consenso, come quando si dona o si lega una stessa cosa a più persone, e non vi è mai l'*adfectio societatis*, cioè il fine di associarsi per guadagnare, invece il fine della comunione è di compartecipare ai vantaggi ed ai pesi della cosa. Di che si vede che la differenza precipua tra la società e la comunione sta nel fine diverso che si ha nell'una e nell'altra (2).

§ 397. Or quali sono i diritti che spettano a ciascun condomino sulla cosa comune, o meglio quali limiti la legge ha stabilito ai diritti di proprietà di ciascun condomino?

In generale ogni condomino gode, per ciò che riguarda la sua porzione aliquota ideale, di tutti i diritti che in sè racchiude la proprietà in generale, e può esercitarli senza l'autorizzazione o il consenso degli altri condomini, ma gli è vietato di fare quegli atti che potrebbero offendere il diritto di quelli (3).

Abbiamo visto ne' §§ 365 e 369 che il proprietario ha la facoltà di disporre e di revindicare, e che la facoltà di disporre si risolve nell' *usus*, *fructus*, *abusus*. Or il comproprietario ha la facoltà di rivendicare, ma gli è limitata quella triplice facoltà di disporre.

E così il condomino ha il diritto di godere della cosa e di provvedere alla conservazione di essa anche senza il consenso degli altri condomini: ha il diritto di alienare e d'ipotecare la sua parte, o di cedere l'usufrutto di essa. Ma il condomino non può imporre servitù sul fondo comune, perchè le servitù essendo di loro natura indivisibili offenderebbero i diritti degli altri condomini, nè può fare cambiamenti sulla cosa comune, come per esempio fabbricare ovvero

(1) Teoria uniforme, art. 673 e seguenti e 1140.
(2) Teoria uniforme, art. 673 e seguenti, e 1697.
(3) Teoria uniforme, art. 673, 675, 677 e 679.

Digitized by Google

abbattere una casa (1). Quando per poco venga a toccarsi il diritto degli altri condomini vale la regola—*manente comunione melior est caussa prohibentis* (2). Parrebbe che l'ipoteca potesse intaccare il diritto degli altri condomini, ma non è così, perchè essa ha vigore per la sola parte del condomino che l'ha pattuita, nel senso che il creditore può provocare la divisione della cosa comune, far vendere con azione ipotecaria la parte toccata al debitore e rivalutarsi (3). Da tutto ciò si vede ancora che, mentre al proprietario è permesso l'abuso della sua cosa, codesto abuso è assolutamente negato al comproprietario perchè resterebbe altamente offeso il diritto dell'altro comunista.

Tali sono i principii relativi alla comunione i quali vengono a ridursi alla facoltà che ha il comproprietario di godere e disporre della cosa allo stesso modo del proprietario esclusivo, mantenendosi però nei limiti del rispetto dovuto ai diritti degli altri comproprietarii (4).

§ 398. Per altro si avverta bene che la comunione ha molte specie diverse, e così si ha: — 1. La comunione fra più comproprietarii di una stessa cosa — 2. la comunione fra coeredi — 3. la comunione fra socii — 4. la comunione fra coniugi — 5. la comunione per mescolanza di materie — 6. la comunione dei muri — 7. la comunione fra partecipanti all'uso di un' acqua — 8. e la comunione nei limiti dei fondi, fino a che non vi sieno apposti i termini di confine (5).

Ora le regole che abbiamo designate finora sono applicabili a tutte tali specie di comunione. Vi sono poi altre regole speciali, proprie di alcune di tali comunioni, delle quali regole si parlerà al proprio luogo, e così delle regole speciali della comunione fra socii si parlerà nel contratto di società; delle regole speciali della comunione fra coniugi si è parlato nel contratto di matrimonio; delle regole speciali della comunione per mescolanza di materie si è parlato nella teoria dell' accessione; delle regole speciali per la comunione dei muri e dei partecipanti all'uso di un'acqua si parlerà nella teoria delle servitù.

---

(1) Teoria uniforme art. 673, 675, 679, anzi il condomino può obbligare gli altri alle spese di conservazione, salva agli altri la facoltà di abbandonare la loro comproprietà, art. 675. Il condomino può per Codice civile imporre una servitù, ma questa à vigore o quando gli altri condomini vi consentano, o quando, fatta la divisione tra condomini, possa la servitù esercitarsi sulla parte toccata a chi l'ha concessa, art. 636.

(2) Teoria uniforme, art. 677.

(3) Teoria uniforme, art. 2077.

(4) Teoria uniforme, art. 673, 675, 677, 679.

(5) Queste specie di comunione sono riconosciute dal Codice Civile. — Per la prima, art. 673. Per la seconda, art. 720, 984 — Per la terza, art. 1697—Per la quarta, art. 1433 e seg. — Per la quinta, art. 446 — Per la sesta, art. 546 e seg. — Per la settima, art. 614 — Per l'ottava, art. 441.

Digitized by Google

TEORIA DELLA DIVISIONE

§ 399. Essendovi uno stato di comunione fra più persone per un obbietto qualunque, conviene ben vedere, come se ne faccia poi la divisione. Per essa non basterebbe parlare in generale della divisione delle cose comuni, essendone tante e così diverse le specie, onde i giureconsulti distinguono tre divisioni, cioè:

1. Della cosa comune a più comproprietarii — 2. delle cose ereditarie comuni ai coeredi — 3. dell'apposizione di termini per la divisione dei fondi, le quali tre divisioni costituiscono i tre famosi giudizii divisorii di diritto romano *communi dividundo, familiae herciscundae, finium regundorum*, e di tali tre giudizii ci conviene partitamente discorrere (1).

Communi dividundo.

§ 400. La comunione è causa di discordie, per lo che sorge il principio di diritto che, non ostante qualunque patto in contrario, il comproprietario può domandare sempre la divisione. Onde la massima: *Nemo invitus in comunione manere debet.* Ma può accadere, che dividendosi una cosa, cessi di servire all'uso a cui è destinata, come per esempio cesserebbe di servire all'uso del teatro la divisione che i proprietarii volessero fare de' loro rispettivi palchi. (2)

Per lo che vi è l'altro principio che se, dividendosi la cosa comune questa cessi di servire all' uso a cui è destinato, la comunione è forzata e non può domandarsi la divisione. Argom. dal fr. 19, *communi dividundo* (3).

Di più è da osservare che l'azione di divisione della cosa comune è imprescrittibile, val dire può domandarsi la divisione non ostante che la comunione avesse durato secoli, e la ragione è triplice cioè— 1. perchè non può correre prescrizione contro un proprietario, e perciò non può correre contro il comproprietario il quale rappresenta la stessa figura ed ha gli stessi diritti del proprietario, salve le limitazioni stabilitegli dalla legge — 2. perchè essendo vietata la comunione perpetua, non potrebbe ottenersi indirettamente con la prescrizione, ciò che non si può ottenere direttamente con un contratto — 3. perchè la domanda di divisione è un diritto facoltativo (4).

(1) Per la divisione delle cose comuni, art. 681 e 683 — Per la divisione delle cose ereditarie, art. 984 e seguenti — Per l'apposizione de' termini, art. 441.

(2) Teoria uniforme, ma è valido il patto di doversi rimanere in comunione per un tempo determinato non maggiore di 10 anni, art. 681.

(3) Teoria uniforme, art. 683.

(4) Teoria uniforme, art. 681.

Digitized by Google

§ 401. La divisione delle cose comuni à molta attinenza con la divisione delle cose ereditarie, sicchè le disposizioni dell'una completano quelle dell'altra e viceversa, e riescono applicabili all'una e all' altra per quanto sieno compatibili. Specialmente è da avvertire che la divisione delle cose comuni, al pari della divisione delle cose ereditarie, si faceva per sentenza di aggiudicazione, cioè per assegno forzoso, con un certo esteso arbitrio del giudice come meglio ora spiegheremo (1).

Familiae herciscundae.

§ 402. *Erctum* significa l'intero patrimonio, l'intero asse ereditario, *ciere* ha il senso di dividere. Per lo che *actio familiae herciscundae* significa azione per la divisione della sostanza ereditaria.

Gli eredi fino alla divisione dell'eredità ne hanno comuni i beni (2). La divisione tra essi si fa in via bonaria e, se questa manchi, convien ricorrere alla via giudiziaria (3).

La comunione dei beni ereditarii, come ogni altra comunione, è un diritto reale di dominio sulla cosa comune, per lo che, se il coerede cerchi la parte che gli spetti della sostanza ereditaria, egli sperimenta un diritto reale, e l'azione perciò è reale. Ma con la divisione si può pretendere la partecipazione al lucro che un solo avesse fatto, il risarcimento di un danno che un solo avesse sostenuto, ed in tali casi il diritto sarebbe personale, e si poggerebbe sul quasi contratto, come meglio vedremo nella materia contrattuale (4).

L'azione *familiae herciscundae* perciò è sempre diretta da un coerede contro l'altro coerede *ad dividendam communem hereditatem prestandumque sibi invicem quod interest*. Che se un erede cercasse da altri che non fosse erede una cosa singola ereditaria, vi sarebbe la rivendicazione. Se un erede cercasse da altri che non fosse erede, la divisione di una cosa che era comune tra costui ed il defunto, vi sarebbe l'*actio communi dividundo*. Se un erede dimandasse tutta l'eredità da altri che pretende essere erede, ed al quale quegli neghi la qualità ereditaria, vi sarebbe l'azione di petizione d'eredità, la quale richiede che innanzi tutto si giudichi chi tra i due sia il vero erede (5).

§ 403. Or l'azione *familiae herciscundae* ha luogo per tutto ciò che

(1) Per Codice Civile nè la divisione delle cose comuni, nè quella delle cose ereditarie si fanno per aggiudicazione — Oggi non vi è arbitrio nel Magistrato — Veggansi le seguenti note.

(2) Teoria uniforme, art. 985.

(3) Teoria uniforme, art. 986.

(4) Teoria uniforme, art. 984, 990, 1140.

(5) Teoria uniforme, art. 984, 985, 986, 439, 681 e 44.

Digitized by Google

lascia il defunto *ex quacunque caussa*, ma non ha luogo pei crediti. Questi restano divisi di diritto tra i coeredi non appena il defunto è morto. Se quegli che muore lascia un credito di sei mila lire e tre coeredi, senza bisogno di alcuna divisione tra essi, ciascun coerede è creditore di lire duemila. Potrebbe però sembrar vantaggioso al giudice o agli stessi eredi di dare i crediti ad un solo e in tal caso restano a quel solo aggiudicati (1).

Nè l'azione *familiae herciscundae* ha luogo per le cose indivisibili anche intellettualmente, come sono le servitù, le quali sia attivamente che passivamente restano ferme. Così, per esempio, una servitù di passaggio resta ferma nei fondi dominante e servente quand' anche i fondi venissero ad esser divisi tra più persone, non potendosi fare a meno di dare il passaggio a tutti. Resta divisa la servitù quando si aggiudichi ad un solo degli eredi il fondo che ne è gravato o che ne gode, o pure si possa stabilire una misura ovvero determinare un tempo nell'esercizio. Così, se Tizio gode la servitù di presa d'acqua di 1000 litri al giorno e 1000 la notte, e lasci due eredi, potrebbe esserne diviso il godimento fra essi, ed uno potrebbe prenderne 500 litri per 6 ore dopo la mezzanotte, e per 6 ore dopo il mezzogiorno, e l'altro erede nelle rimanenti ore (2).

Nè anche si dividono i titoli di proprietà, ma invece si danno a quello a cui è toccata tutta o la maggior parte della cosa cui il titolo si riferisce, e quante volte il titolo si riferisca a cosa divisa egualmente fra tutti, se ne fa deposito presso uno scelto dal maggior numero degli eredi (3).

Eccettuati dunque i crediti, le cose indivisibili anche intellettualmente, ed i titoli di proprietà, tutto il rimanente deve dividersi. Se le cose ammettono una comoda divisione, il giudice le aggiudica nella giusta parte spettante a ciascuno: se non possono comodamente dividersi, e specialmente se le cose non sono fisicamente divisibili, come ad esempio un cavallo, un quadro, il giudice ne fa aprire un' asta tra coeredi e quegli che compra rivaluta gli altri in danaro; e se tra coeredi non v'è chi offra un giusto prezzo, può il giudice mettere la cosa all'asta pubblica. In generale poi il giudice nel giudizio *familiae herciscundae* ha un certo esteso arbitrio nello assegno delle porzioni a ciascuno erede, e può anche dare per un certo tempo l'usufrutto ad uno, e la proprietà ad un altro (4).

(1) Teoria uniforme, ma il magistrato non ha facoltà di assegnare i crediti ad un solo erede, art. 984, 1204.

(2) Per le cose indivisibili anche intellettualmente, la teoria è uniforme, art. 644, 645.

(3) Teoria uniforme, art. 999.

(4) Per Codice civile non vi è arbitrio nel Magistrato. Si è riconosciuto il

Digitized by Google

Inoltre nel giudizio *familiae herciscundae* ciascun coerede dovea dar conto all'altro dei frutti percepiti, delle spese sostenute, dei danni sofferti, e vi era perciò luogo ad indennizzo secondo i casi.

Or qui si avverta che per la divisione della sostanza ereditaria non correva prescrizione per le stesse ragioni per le quali non correva nella divisione delle cose comuni. Ma vi era la prescrizione di 30 anni per gl' indennizzi derivanti da percezioni di frutti, spese e danni, perchè essi costituivano sempre un credito (1).

§ 404. L'effetto della divisione era in diritto romano attributivo e non dichiarativo di diritto, val dire l'erede si considerava proprietario della cosa dal giorno della divisione, senza che si fosse potuto ritenerlo come fosse stato sempre proprietario delle cose toccategli. In altri termini col giudizio di divisione si attribuiva a lui la proprietà di quanto gli si dava e non soltanto si dichiarava che tutto ciò che gli si dava era suo.

La ragione di codesto effetto stava in ciò che la divisione si faceva per aggiudicazione, cioè per assegno forzoso di una porzione a base di sentenza nella quale il Giudice avea molta parte di arbitrio, essendo estremamente difficile contentare tutti i coeredi. Pei giudizii divisorii la sentenza non era dichiarativa di diritto, com'è negli altri casi, ma di aggiudicazione, cioè attributiva di diritto (2).

Che se nella divisione fosse stato leso qualche coerede ed avesse avuto meno di quanto gli spettava, la divisione sarebbe stata rescissa nel solo caso che la lesione fosse stata enorme, cioè, se l'erede avesse avuto meno della metà. Qualora poi fosse interceduto dolo, la rescissione si ammetteva per qualunque somma (3). Se dopo questo giudizio una qualche cosa rimaneva in comune, non s'intentava nuovamente per la divisione di essa l'*actio familiae herciscundae*, ma invece l'*actio communi dividundo*, perchè in realtà trattavasi di semplice diritto in ciascun erede di avere in natura la parte dei beni mobili e immobili dell' eredità.

Per le cose che non si possono fisicamente dividere, come un cavallo, e per gli stabili che non si possono dividere comodamente, quante volte i coeredi non si accordino nell'aggiustare le quote, debbono vendersi o all'asta pubblica o tra i soli condividenti. Fatti da ciascun erede i prelevamenti dovuti per frutti, spese, danni ecc., debbono formarsi tante quote eguali, e queste si estraggono a sorte per ogni condividente, art. 984 a 989. Sicchè oggi, all' aggiudicazione forzosa del Magistrato, si è sostituita la formazione delle quote e l'estrazione a sorte.

(1) Teoria uniforme, art. 984, 2135.

(2) Per Codice civile si à un effetto contrario, cioè la divisione è dichiarativa e non attributiva, perchè è mancato l'arbitrio che il Magistrato avea in diritto romano, art. 1304.

(3) Teoria uniforme, ma per la lesione senza dolo si ammette la rescissione quando il danno eccede il quarto, art. 1038.

Digitized by Google

comunione di un cespite singolo dopo fatta la divisione dell'asse ereditario (1).

Finium regundorum.

§ 405. Gli antichi attaccavano una certa religione ai confini, onde fra gli Dei vi era il Dio Termine. Perciò ai confini dovea lasciarsi tale spazio da poter muovere l'aratro, e lo spazio era di cinque piedi: le liti si decidevano dagli arbitri: Così era per legge delle dodici Tavole e per legge Manilia. Di poi il Pretore sottopose le liti ai giudici come ogni altra lite che dovea terminare con sentenza, ma questa si faceva per aggiudicazione, concedendo molto allo arbitrio di essi.

Anche quest' azione *finium regundorum* è poggiata alla proprietà, avendo ciascuno il diritto di mettere un segno di termine ai propri fondi, onde il diritto è reale. Ma vi è pure la parte di diritto personale, sia perchè l'obbligo nel vicino di concorrere all'apposizione de' termini deriva dalla legge, sia perchè ordinariamente vi è pure unita dimanda di risarcimento di danni. Quante volte poi oltre all'apposizione dei termini si fosse chiesta la restituzione di terreni usurpati, v' è certamente per essi l'altra azione di revindicazione (2).

Da ciò si vede che codesta azione spetta solamente a quelli che abbiano un diritto reale esclusivo, come proprietarî, usufruttuarî ecc. e non a quelli che abbiano un diritto reale comune, come sarebbero i condomini ed i socii, perchè questi debbono agir prima con l' azione *communi dividundo* , e dopo divisa la cosa , possono fare apporre i termini (3).

L'azione *finium regundorum* può verificarsi soltanto pei terreni, e non per le fabbriche. Per queste non è possibile apporre termini, mentre esse stesse costituiscono un termine. Quante volte si sia fabbricato oltre il confine, vi è il rimedio della nunciazione di nuova opera, se la fabbrica non è finita, e si agisce secondo le teorie dell'accessione se la fabbrica è finita (vedi § 355 e 386). Nè vi è l'*actio finium regundorum* nel caso in cui uno dei due confinanti sulla strada

---

(1) Il Codice civile dice che la semplice omissione di un oggetto della eredità dà luogo ad un supplemento alla divisione, art. 1038.

(2) Per Codice civile l'apposizione di termini di confine è poggiata al diritto reale di proprietà, e deve giudicarsi da' Magistrati, art. 441. Se vi è domanda di restituzione di terreno usurpato, si avrà rivendicazione, art. 439. Se vi è domanda per risarcimento di danno, si avrà pure un' azione personale, art. 1151.

(3) Teoria uniforme, art. 441, 675, 684.

Digitized by Google

pubblica abbia usurpato una parte di essa per obbligare chi passa a formarla sul terreno dell'altro: in tal caso la strada forma il confine dei due fondi e bisogna agire coll'*actio viae receptae* per farla rimettere nell' antico stato. Se però il confine consiste in una strada privata o in un rivo privato, resta sempre ferma l'*actio finium regundorum*, perchè il rivo privato e la strada privata son cose che interessano soltanto i due proprietarii dei terreni confinanti (1).

L'ufficio del giudice per l'azione *finium regundorum* è d'investigare con tutti i possibili mezzi il limite preciso dei due fondi, e farvi apporre i termini. Ma se non ostante ogni sforzo di lui, il limite resta incerto, egli deve procedere per aggiudicazione, cioè assegnando all'uno o all'altro confinante una parte di terreno, e condannando l'uno o l'altro a rivalutare qualche cosa (2).

L'azione *finium regundorum* non si prescrive mai perchè è un atto facoltativo quello di apporre i termini al proprio terreno: l'avversario non può dolersene, riducendosi ad apporre un segnale al limite dei due fondi. Ma se oltre alla semplice apposizione di termini alcuno avesse voluto sostenere che il suo vicino gli avesse usurpata una parte di terreno, in tal caso l'azione comprendeva anche la rivindica di tal parte, e per essa la prescrizione era di trenta anni (3).

Norme comuni a' tre giudizii divisorii.

§ 406. Dall'insieme de' tre giudizii divisorii si vede che in Diritto Romano v'era molta parte di arbitrio ne' magistrati preposti a cosiffatte divisioni. Onde resta spiegata la ragione per la quale in tali giudizi si procedeva per *aggiudicazione*, cioè per assegno forzoso del giudice nella distribuzione delle parti, e la ragione per la quale la divisione era attributiva e non dichiarativa di diritto (4).

Giova da ultimo avvertire due cose:

1. Che codesti tre giudizii divisorii si chiamavano *giudizio doppio*, perchè tutti i litiganti erano realmente attori e convenuti ad un tempo.

---

(1) Teoria uniforme — Per la nunciazione di nuova opera, art. 698—per l'accessione nelle fabbriche, art. 450 e 452 — per tutt'altro, art. 441.

(2) Per Codice civile non v'è arbitrio nel Giudice per l'apposizione di termini. Egli deve giudicare secondo le risultanze delle prove, respingendo chi non prova la sua pretesa, e mantenendo nel possesso chi vi sta, arg. art. 441.

(3) Nè anche oggi si prescrive, perchè l'apposizione di termini si ritiene come atto facoltativo. Ma per riguardo alle usurpazioni che si volessero rivendicare, vi sarebbe la prescrizione di trenta anni, art. 2135.

(4) Oggi per tali giudizii non v'è arbitrio ne' Magistrati, onde non si procede per assegno forzoso, e la divisione è dichiarativa e non attributiva di diritti— Veggansi le note precedenti.

Digitized by Google

In qualunque di que' tre giudizii, ciascuno domanda la parte propria e non quella degli altri, onde non vi è vero attore che cerca una cosa da un altro, e vero convenuto a cui la cosa si cerca.

Ma per altro si riteneva per attore *qui prius ad judicium provocavit* (1).

2. Che essendo tutti attori e convenuti ad un tempo, tutti pagano le spese. Cioè dalla massa delle cose comuni o delle cose ereditarie si detraggono le spese per la divisione, essendo questa d'interesse comune: in altri termini la divisione si fa di ciò che resta dedotti i pesi, tra cui stanno le spese per la divisione stessa. Per l'apposizione de' termini di confine poi, le spese per l'apposizione debbono gravitare egualmente tra i confinanti senza riguardo alla maggiore o minore estensione di ciascun terreno, perchè l'interesse si restringe a designare i limiti tra i due fondi e non può perciò aversi una variazione nella spesa (2).

MODI DI ACQUISTARE LA PROPRIETA'

§ 407. Nei libri di diritto Romano si legge sovente la frase *modo di acquistare* (*modus adquirendi*), e vi si contrappone la parola *titolo* (*titulus*) e si dice che son necessarii entrambi per avere la proprietà di una cosa, cioè debbono concorrere e il *modus adquirendi* e il *titulus* per l'acquisto.

Conviene darsi ragione di un tal sistema (3), e per intenderlo bisogna prima formarsi un concetto esatto e del titolo e del modo di acquistare.

Il *titolo* è la causa da cui promana e il diritto e il dovere relativamente ad un determinato rapporto giuridico. Così, un contratto di compravendita è il *titolo* da cui derivano i diritti e i doveri del compratore e del venditore. In generale, dice il Romagnosi, *Diritto pubblico universale* § 185 e 303 vol. 3 parte 1, i diritti e i doveri sono effetti che promanano da una comune causa, la quale à il nome di *titolo*.

Qui noi parliamo della proprietà, la quale dà al proprietario il diritto immediato e diretto sulla cosa, e ad ogni altra persona il dovere assoluto di rispettare un diritto somigliante. Della stessa natura

(1) Teoria uniforme, arg. art. 133 n. 3, 158 e 159 ed 882 Cod. proc. civ. 441 e 984 Cod. civ.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 370 Cod. proc. civ. ed art. 441, Cod. civ.

(3) Il sistema è differente per Codice civile. Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

sono i diritti e i doveri per riguardo agli altri diritti reali, che sono sempre frazionarii della proprietà.

Laonde per ogni singola proprietà, e per ciascun diritto reale deve esservi una speciale causa dalla quale derivano e i diritti e i doveri, e debbono tali diritti e doveri trovarsi con quella causa nel rapporto logico di causa ed effetto. Tale causa si chiama *titolo* (1).

Se non che la causa che produce l'effetto della proprietà e degli altri diritti reali à modi diversi. In altri termini, la causa che mena all'effetto de' diritti e de' doveri pe' quali alcuno è costituito proprietario di una cosa o gode di un diritto reale sopra una cosa, è di indole diversa. E così acquista la proprietà della cosa il compratore, l'acquista l'occupante, l'acquista l'erede. La causa dunque ammette modalità varie e in tali tre ipotesi i modi sarebbero la compra vendita, la occupazione, e la eredità.

La causa dunque vi deve essere (cioè il titolo deve sempre trovarsi), ma la causa cioè il titolo ammette modi varii, i quali prendono il nome generico di *modi di acquistare*. La varietà de'modi dipende dallo stato intellettuale, morale e politico di un popolo; onde i modi di acquistare cambiano come in generale cambiano le leggi tutte. Codesti modi sono di alta importanza, perchè debbono armonizzare con l'ideale del diritto, co' costumi e con lo spirito de'tempi, e col riguardo alla proprietà, la quale come abbiamo detto innanzi, è pietra angolare dell'edificio sociale.

§ 408. Or era principio di Diritto romano, mantenuto costante nei secoli posteriori, e che si legge anche in qualche Codice vigente in Europa (come ad esempio nell'austriaco al § 425) che col solo titolo non si acquista la proprietà, nè si acquistano gli altri diritti reali in genere, ma per l'acquisto è anche necessaria la tradizione (2). Ed alla tradizione fu dato il nome speciale di *modo di acquistare*, quasichè essa fosse per eccellenza il modo traslativo de'diritti reali. Cosicchè la frase modo di acquistare senz' altra aggiunta (*modus adquirendi*) significò in linguaggio tecnico la tradizione, come atto compitore di qualunque altro titolo che non sarebbe stato mai valido a dar la proprietà o altro diritto reale senza che la tradizione fosse seguita.

---

(1) Il Codice civile adopera la parola *titolo* in due sensi. L'uno in linguaggio proprio è identico al *titulus* de'Romani, cioè alla *causa ad transferendum dominium habilis;* l'altro in linguaggio improprio rispondente all'*instrumentum* dei Romani, cioè indicante il documento scritto. Pel primo senso veggansi specialmente gli articoli 2116, 2117, 2118, e 2137, e pel secondo gli articoli 629 e 630.

(2) Il principio è variato per Codice civile Italiano. Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

Tali idee debbono essere ben chiarite, perchè in generale i giovani non le intendono tanto facilmente, e riesce per loro oscuro il sistema romano (1).

Il titolo conferiva soltanto un diritto personale, il quale si convertiva in reale tostochè fosse seguita la tradizione. Così, venduto un fondo, il compratore avea il diritto personale alla consegna di esso, e quando gli fosse stato dal venditore consegnato, quegli allora avea un diritto reale sul fondo medesimo. Onde i due assiomi — *titulus nunquam dat jus in re, sed debet accedere traditio* — *nec titulus sufficit sine traditione, nec traditio sine titulo.*

Quale n'era la ragione?

La ragione stava nella sicurezza della proprietà e del commercio civile. Ciascuno può asserire di avere acquistato una cosa, ma se egli non la possiede, come si può o si deve prestar fede alla semplice sua parola? È mestieri dunque che vi sia il possesso, che è un segno esterno e un carattere della signoria sulla cosa. D'altro canto si mirava pure con tale sistema ad evitare le liti. Quando chi à acquistato il diritto reale sopra una cosa, la tiene già in mano, troppo è raro che possan sorgere litigii fra i contraenti, ovvero tra questi e i terzi.

§ 409. Abbiamo già detto che il sistema si manteneva identico per gli altri diritti reali, oltre a quello di proprietà. In effetti per essi non era possibile la tradizione, non potendosi certamente consegnare un diritto, onde si richiedeva la quasi tradizione, la quale consisteva nell'esercizio del diritto da parte dell'acquirente e nella pazienza dell'alienante. Così, per le servitù prediali affermative, la tradizione stava precisamente nell'esercizio della servitù che facea il proprietario del fondo dominante, e nella sofferenza del padrone del fondo servente. Fino a quando non vi fosse stata codesta quasi tradizione, non sorgeva il diritto reale di servitù.

Ma vi erano de' diritti reali pe' quali tradizione non poteva esservi perchè non era possibile nè la consegna di una cosa, nè l'esercizio del diritto da una parte e la pazienza d'altra parte, e allora bastava il solo titolo a costituire i diritti reali medesimi.

È mestieri, ad evitare dubbii, che siano precisati i diritti di tal natura.

Il dominio si costituiva col solo titolo nei casi di occupazione, di accessione, e di usucapione perchè nessuno fa la consegna in tali tre casi. Si costituiva pure senza titolo ne' tre giudizii divisorii per di-

(1) È più oscura la ragione della differenza di sistema del Codice civile Italiano. Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

visione di eredità, divisione di cosa comune, e stabilimento di termini di confini, perchè in tali tre giudizii le cose già si trovano in mano dei litiganti.

L'eredità si costituiva pure per solo titolo, perchè il morto non potea certo consegnare.

Le servitù affermative quando dipendono direttamente dalla legge, e tutte le servitù negative si costituivano col solo titolo. Come potrebbe esservi consegna per la servitù naturale dei luoghi? Come potrebbe esservi per la servitù *altius non tollendi?*

Finalmente il pegno legale e l'ipoteca si costituivano col solo titolo, perchè per il privilegio del locatore su' mobili del conduttore non vi è consegna, e l'ipoteca si riduce ad un diritto del creditore mentre la cosa rimane nel possesso del debitore.

Meno codesti casi, nei quali vi era impossibilità di tradizione, tutti gli altri diritti reali potevano costituirsi soltanto allora che vi fossero stati e il titolo e la tradizione.

Onde gli scrittori sogliono chiamare la tradizione *causa prossima* del diritto reale, ed il titolo *causa remota*. La tradizione si dice *causa prossima*, perchè per essa si consegue immediatamente il diritto reale dopo che si è costituito col titolo. Il titolo si dice *causa remota* perchè per esso e mediante esso il diritto reale si acquista (1).

---

(1) Per Codice civile si è cangiato radicalmente principio, e si è stabilito che per costituire il diritto reale basta il solo consenso, cioè il titolo che vien formato col consenso, senza bisogno di tradizione, art. 710, 1062, 1125, 1148. Si è voluto dal Codice spiritualizzare il diritto, accostarlo di più al diritto di natura, e farlo dipendere dalla sola volontà dei contraenti. Ma quel principio novello, per lo quale col solo consenso si trasferisce il diritto reale dall'uno all'altro, soffre due gravi eccezioni. La prima è che quel principio è limitato a' soli contraenti, e non riguarda menomamente i terzi, e per fare che il diritto reale valga per i terzi è necessaria la tradizione pei mobili, art. 707, 1126, e la trascrizione per gl'immobili, art. 1932, 1942. La seconda eccezione è che il contratto di pegno nonproduce diritto reale senza la tradizione, art. 1882.

Ciò non ostante la tradizione è per Codice civile un modo di acquistare ma è assai ristretto, poichè può esser modo di acquistare nei soli casi in cui si tratti di obbligazione non derivante da contratto, ovvero si tratti di obbligazione derivante da contratto, ma che ha per oggetto una cosa indeterminata. Così, quando l'obbligazione deriva da un delitto o da un quasi delitto, art. 1151 e seg. il diritto reale si acquista sulla somma di risarcimento quando è pagata. Così del pari, quando alcuno è obbligato a dare una cosa indeterminata, come un cavallo, art. 1117, il creditore acquista il dominio del cavallo quando gli si è consegnato.

Meno codesti due casi, la tradizione per Codice civile si riduce ad una obbligazione personale. Quando uno trasferisce ad altri una cosa, questi ne acquista subito il dominio e quegli resta obbligato a consegnargliela, art. 1219, 1463 e seg. Veggasi quanto si dirà in nota nella materia della tradizione.

Digitized by Google

§ 410. I modi pe'quali la proprietà e gli altri diritti reali si acquistano sono varii, e la varietà risente dello stato intellettuale, morale e politico de' popoli. Lo abbiamo detto or ora. E qui deve darsene la dimostrazione.

Ve ne furono molti ne' diversi tempi del diritto romano, e fino al numero di diciannove (1), cioè:

1. *Mancipatio* — Trasferimento simbolico in forma di vendita sotto la garantia del popolo romano. Eccone le solennità riferiteci da Gajo 1. 119 — *Est autem mancipatio immaginaria quaedam venditio: eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus, et praeterea alio ejusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit — Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra, deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.* Ma si avverta che la mancipazione non comprendeva sempre il possesso, poichè la tradizione era un atto distinto.

2. *In jure cessio* — Trasferimento simbolico in forma di revindicazione sotto la garenzia del Magistrato. Colui, che acquistava diceva innanzi al pretore che la cosa era sua — *Hanc ego rem meam esse ajo ex jure Quiritium.* L'alienante vi consentiva ed il pretore aggiudicava la cosa all'acquirente.

3. *Adjudicatio* — Era la sentenza nei tre giudizii divisorii dei quali abbiam parlato nell'istituto della Comunione.

4. *Emptio sub corona* — Era la pubblica vendita dei prigionieri di guerra, i quali venivano esposti con una corona in capo.

5. *Bonorum possessio* — Era l'eredità che davasi dal pretore per viste di equità e contrariamente alle disposizioni di legge. Se ne parlerà nel diritto di eredità.

6. *Adquisitio per conventionem in manum* — Era l'acquisto che il marito faceva dei beni della moglie quando questa si maritava con la forma della *conventio in manum* — Ne abbiamo parlato nell'istituto del matrimonio.

7. *Adquisitio per arrogationem* — Era l'acquisto mediante l'arrogazione di cui abbiamo parlato nell'istituto dell'adozione.

8. *Adquisitio per sectionem bonorum, vel per subhastationem, vel per auctionem* — Era l'acquisto dei beni che ricadevano allo Stato; o perchè erano vacanti, o perchè erano tolti ai nemici, ovvero a'condannati criminali. Tale acquisto si disse prima *per sectionem*, per la ragione che tali beni si vendevano in complesso, ed erano acquistati

(1) Buona metà non è stata oggi ritenuta. Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

da un solo, il quale si chiamava *sector*, lasciando a lui il pensiero di farne la partizione con altri. Si disse anche *subhastatio* dalla lancia che alzavasi nel luogo ove procedevasi alla vendita essendo la lancia presso i Romani un simbolo di dominio civile. Fu detta pure *auctio* perchè la vendita facevasi al maggior offerente.

9. *Adquisitio ex senatus-consulto Claudiano* — Acquisto della donna libera e de' suoi beni, che facevasi dal padrone di un servo col quale ella avesse avuto commercio, perseverandovi anche dopo una triplice ammonizione del padrone medesimo.

10. *Adquisitio propter maximam et aliquando propter mediam capitis deminutionem* — Acquisto dei beni di coloro, che perdevano la libertá, e talvolta anche di coloro che perdevano la cittadinanza, come abbiamo spiegato nello stato delle persone (1)

11. Tradizione 12. Occupazione 13. Usucapione	delle quali si parlerà quì di seguito
14. Eredità 15. Legati 16. Fedecommessi	de'quali si parlerá nel diritto di eredità
17. Donazioni 18. Contratti 19. Legge	de'quali si parlerà ne'diritti di obbligazione (2).

§ 412. Tutti codesti modi si aggruppano in maniera varia e formano cinque divisioni, cioè:

1.° Naturali e civili. Naturali son quelli che promanano dal solo diritto di natura, come l'occupazione. Civili quelli che promanano dal solo diritto civile, come la usucapione, o dal diritto naturale e civile insieme come i contratti.

2.° Originarii e derivativi — Originarii quando si acquista cosa, che non è nel dominio altrui, come l'occupazione. Derivativi quando la cosa è nel dominio altrui.

3.° Universali e singolari. Universali quando si acquista l'*universum jus*, come l'eredità: singolari, quando si acquista cosa singola, come compra.

4.° Onerosi e gratuiti — Onerosi quando vi è corrispettivo come la vendita, gratuiti quando non vi è corrispettivo, come donazione.

5.° Tra vivi ed a causa di morte, secondochè dipendano dalla morte di alcuno, come la eredità, o non vi dipendano, come i contratti (3).

(1) Di tutti codesti modi oggi per Codice Civile non ve n'è alcuno.

(2) Questi ultimi nove modi qual più qual meno sono ritenuti dal Codice Civile, e se ne parlerà negli stessi punti nei quali si terrà discorso della teoria relativa di diritto Romano.

(3) Codeste cinque divisioni sono identiche per Codice Civile.

Digitized by Google

TRADIZIONE.

§ 412. Tradizione significa consegna, la quale è costituita dall'atto di porgere da una parte e di ricevere dall'altra. È quindi un atto composto dal concorso di due agenti, e tale atto è individuo di per se, perchè il porgere e il ricevere se mai restino scompagnati, non si à più la tradizione, ma si à l'offerta.

La tradizione à nella sua essenza il carattere famulativo e puramente esecutivo del titolo che racchiude una obbligazione, con la quale deve sempre concordare, e al segno che non dandosi ciò che si deve o dandosi in meno, l'acquirente può rifiutarsi a ricevere o pretendere il di più, e dandosi invece di più da chi consegna à diritto a ripetizione.

Laonde la tradizione non è una semplice consegna, ma inchiude il tacito giudizio che una data cosa esistente nelle mani di uno passi nelle mani di un altro mediante un atto volontario consensuale tanto di chi dà, quanto di chi riceve — Sempre per la tradizione il possessore di una cosa pone in suo luogo un' altra persona, e quindi ne abbandona ad essa il possesso.

Anche per la tradizione vedesi ciò che si riscontra in molti altri istituti di diritto, cioè il passaggio naturale dal concreto all'astratto, dal sensibile al razionale, con quel processo graduale di analogie che presiede al successivo sviluppamento e perfezionamento dell'umana ragione.

L'idea ovvia e familiare della tradizione delle cose mobili fu trasportata per analogia alle cose stabili, le quali realmente non si consegnano nè si trasportano, ma soltanto si possono occupare, escludendo altri dal recarsi sopra di esse — Per una seconda e più sottile analogia fu trasportata a'diritti — Onde per tali tradizioni fattizie convenne distinguerle in classi e far uso di simboli, cioè segnali che ricordano la tradizione delle cose mobili (1).

Della tradizione come istituto giuridico così importante, se ne dà la definizione, se ne segnano con precisione i principii, e se ne no-

---

(1) Per Codice Civile, e pel nuovo principio che il dominio passa con la convenzione senza bisogno di tradizione nè materiale nè simbolica, art. 1125, la tradizione è fatta nel maggior numero di casi con l'immaginazione — Questo ultimo stato legislativo si ripete da tre ragioni — 1. per ischivare l'incomodo della tradizione materiale — 2. per scaricarsi della risponsabilità di una cosa alienata — 3. pel progresso della civiltà e della dottrina — Veggasi quanto abbiamo detto in nota a'modi di acquistare al § 409, e quanto diremo nelle seguenti note — Veggansi gli art. 710, 1062, 1125, e 1463 e seguenti.

Digitized by Google

verano le specie, e dobbiamo perciò tener parola di tali tre punti.

§ 413. La tradizione è un modo di acquistare, anzi tra i modi di acquistare è il più importante perchè atto compitore de'titoli diversi, e, come tale, costitutivo di diritti reali; ma la tradizione può non essere modo di acquistare, e ridursi invece ad obbligazione personale. In altri termini la tradizione à il suo rapporto e coi diritti reali, e coi diritti personali. Così, se uno à venduto ad altri il suo cavallo, il compratore non ne diviene proprietario finchè non gli sia stato consegnato. La tradizione in tal caso, è modo di acquistare. Ma se uno à dato in locazione ad altri la sua casa o la sua carrozza, il locatore è obbligato di consegnare tali cose al locatario; la tradizione allora non è modo di acquistare, ma è adempimento di un obbligo per lo quale il locatario à un diritto personale.

La tradizione perciò à due definizioni — Nel senso di obbligo, si definisce — *Datio vel transitio possessionis* — cioè consiste nella consegna della cosa, senza che questa passi nel dominio di colui a cui si fa la consegna.

Quando poi la tradizione è modo di acquisto di un diritto reale, oltre alla consegna, son necessarii altri elementi, e la definizione che se ne dà è — *Modus adquirendi quo dominus, qui jus et animum alienandi habet, rem corporalem ex justa caussa, in accipientem transfert.*

§ 414. Sono perciò necessarii tre altri elementi, oltre alla consegna, cioè debbono concorrervi:

1° il diritto di alienare in colui che trasferisce (*jus alienandi*), altrimenti chi riceve non diviene padrone, non potendo alcuno trasferire diritti maggiori di quelli che à. — Chi riceve diverrà possessore di buona fede, godrà degli effetti di codesta sua buona fede, come abbiamo veduto nell'accessione per percezione di frutti ma non sarà proprietario, se pure non venga a verificarsi la usucapione.

2° l'animo di alienare in colui che trasferisce (*animus alienandi*) perciochè se la consegna non si fa con tale animo, potrà esservi altro contratto come nell' esempio sopra ricordato della consegna, della cosa locata, ma non vi sarà mai acquisto di diritto reale.

3° giusto titolo di acquisto (*ex justa caussa*) cioè titolo riconosciuto dalla legge come valevole a trasferire diritti reali, vale a dire causa abile, modo abile al trasferimento del dominio (1).

(1) Anche per Codice civile la tradizione può essere talvolta modo di acquistare e ne abbiamo precisato due casi in nota al § 409, ovvero può essere semplice obbligazione personale. Le due definizioni che qui si danno, reggono anche oggi, e la definizione che ne dà l'articolo 1463 è propria della tradizione come obbligo personale, perchè il dominio per Codice civile passa per sem-

Digitized by Google

Ma nella definizione suddetta si limita la tradizione alle sole cose corporali (*rem corporalem*). Nella realtà la consegna può farsi per le sole che si toccano, che son materiali. — Certo è però che si trasferiscono anche i diritti, e per questi i Giureconsulti Romani ammettevano la quasi tradizione, la quale consisteva nell'esercizio del diritto da parte dell' acquirente, e nella pazienza da parte del trasferente.

Vero è che potrebbe consegnarsi, siccome si consegna il documento costitutivo di un diritto, ma il documento non è diritto, invece è prova del diritto costituito.

§ 415. A compimento della teoria della tradizione, resta ad esaminarne le specie, le quali sono al numero di quattro, cioè 1° semplice — 2° simbolica — 3° di lunga mano — 4° di breve mano.

È semplice quando alcuno dovendo consegnare una cosa mobile, la dà in mano dell'altro.

È simbolica quando in luogo di consegnare la cosa, si consegnano i segni di essa, come una zolla di terra pe' fondi, le chiavi per le case, i titoli pei crediti.

È di lunga mano quando si mostra la cosa da lontano, ritenendosi l'occhio come una mano più lunga, di cui l'acquirente si serve per impossessarsi della cosa.

È di breve mano quando l'acquirente tiene già la cosa per altro titolo, come la vendita che il debitore faccia al creditore di una cosa che già gli ha dato in pegno. In questo caso i Romani dicevano che la tradizione facevasi con una finzione perchè si reputava che l'acquirente avesse consegnato la cosa al venditore, e questi l'avesse restituita al compratore. — Altra finzione si avea, quando il venditore seguitasse a ritenere presso di se la cosa venduta per titolo diverso da quello di proprietà, come quando alcuno venda ad altri uno stabile col patto di ritenerlo come colono. — Quest'ultimo caso in cui il proprietario resta semplice possessore a nome altrui, si chiama *constitutum possessorium*, vale a dire si costituisce possessore per parte di un altro della cosa che gli ha venduta, e di cui era proprietario (1).

plice consenso art. 1125. Ma la differenza è che mentre in diritto romano la tradizione era ordinariamente modo di acquistare e raramente obbligo personale, oggi invece pel principio novello del trapasso del dominio senza tradizione, questa è ordinariamente obbligo personale, e raramente modo di acquistare.

Quando la tradizione costituisce oggi modo di acquisto, deve anche riunire i tre requisiti richiesti dal diritto romano, cioè 1° vi deve essere il diritto di alienare, altrimenti si avrà nell' acquirente un semplice possessore di buona fede, art. 701 e seg. 2137—2° vi deve essere l'animo di alienare, arg. art. 1463, 707 1126, 1151 e 1117—3° vi deve essere giusto titolo, arg. art. 701, e seg. 2137.

(1) Per Codice civile non si ànno le specie e le forme della tradizione romana,

Digitized by Google

OCCUPAZIONE

§ 416. L'occupazione è il modo di acquistare più semplice e più naturale, poichè per essa si fa propria una cosa che non è di alcuno. La definizione è: — *Rerum corporalium nullius adprehensio cum animo sibi habendi* — Si dice *rerum corporalium*, perchè riesce impossibile l'occupazione delle cose incorporali quali sono i diritti, nè si potrebbe concepire un diritto senza un padrone. Si dice *nullius*, perchè si possono occupare soltanto le cose che non sono di alcuno, essendo un furto prendere la cosa altrui. Si dice *adprehensio*, perchè l'occupazione vuole la presa materiale fatta in quei migliori modi che si possa, come ad esempio con la mano, con le reti e simili. Si dice *cum animo sibi habendi*, perchè per l'occupazione è necessaria la volontà di far propria la cosa che si prende, altrimenti non costituirebbe nn modo di acquisto (1).

§ 417. L'occupazione è governata da tre principii, i quali debbono ben conoscersi.

Il primo principio è: — *quae nullius sunt cedunt occupanti*. Le cose che sono di nessuno divengono proprietà del primo occupante. Or le cose possono essere di nessuno per *natura*, come per esempio gli uccelli ed i pesci, pel *tempo* come per esempio un tesoro, o per *abbandono* come per esempio quando alcuno gitta una cosa sua per non volerla più, ciò che oggi si vede frequentemente nelle ferrovie pe' cesti che gittano i passaggieri, onde non portare impacci e che sono subito raccolti dai villani. Non essendo in tali tre casi la proprietà della cosa presso di alcuno, è giusto che si riconosca il diritto di proprietà in quel primo che la prenda (2).

Il secondo principio è: — *Occupatio fit animo et actu corporali simul*. L'occupazione deve risultare da due elementi, cioè dalla volontà di far propria la cosa e dalla presa effettiva e materiale di essa. Uno dei due elementi che manchi, non vi è più occupazione.

---

perchè il Codice si limita a riconoscere soltanto un carattere di realità nella tradizione e vuole che l'acquirente abbia la cosa in suo potere e possesso, in qualunque modo, sia con la tradizione, o con qualunque atto materiale o senza. Per altro si ammette talvolta la tradizione simbolica, e quella per finzione detta di breve mano, art. 1463, 1464, 1465, 1466. La tradizione delle cose incorporali si à con l'uso che ne fa il compratore, o con la consegna de' documenti, art. 1466.

Il *Costituto possessorio* chiamato anche *clausola di costituto e di precario* è pure da ritenersi per Codice civile. Marcadé agli art. 1604 a 1607 n. 2, Codice francese.

(1) L'occupazione è anche il primo è più semplice modo di acquisto per Codice civile art. 710. La definizione può reggere a base dell'art. 711.

(2) Teoria uniforme, art. 711

Digitized by Google

Così se un pazzo sfuggito dal manicomio prenda una cosa *nullius*, non vi è occupazione perchè manca in lui la volontà: e se alcuno dalla finestra veda che nella strada sottoposta si trovi una cosa *nullius*, corre per andarla a prendere, ma non la trova perchè altri che è passato l'ha presa pria di lui, il diritto di proprietà della cosa medesima spetta a chi se l'à presa, e non già a chi l'ha solo veduta ed ha avuto il solo animo di prenderla (1).

Il terzo principio è:—*quae custodia coerceri nequeunt nec occupari possunt*. Non può formare oggetto di proprietà ciò che non si può custodire, ed ecco perchè il mare rientra tra le cose comuni (2).

Ora è da avvertire che le specie della occupazione sono tre—1.° caccia e pesca—2.° occupazione bellica — 3.° ritrovamento (3).

Caccia e pesca.

§ 418. I Romani chiamavano *venatio* la caccia dei quadrupedi, *aucupium* la caccia degli uccelli, *piscatio* la pesca. Distinguevano poi, gli animali in *fiere bestie* (cioè selvagge), *mansuefatte* e *mansuete*. Dicevano *fiere bestie* quelle che *libere vagantur nec sine vi occupantur*, cioè che vagano a loro libito e che non si possono prendere senza adoperare ad esse una violenza come ad esempio gli uccelli in campagna, i pesci nel mare e nel fiume, i caprii e le jene nelle foreste : dicevano mansuefatti gli animali selvaggi allettati ed avvezzati in casa (*domi nostrae cicuratae*) come. le api negli alveari, i colombi nelle colombaie: dicevano *mansueti* gli animali domestici come le oche, le galline (4).

§ 419. Or i principii di diritto per riguardo alla cacccia e alla pesca sono:

1. Si possono occupare le sole fiere bestie, cioè i soli animali selvaggi i quali sono quelli che vagano liberamente e si apprendono usando ad essi la violenza. Ma non si possono occupare le fiere bestie che si trovano già custodite nella proprietà di alcuno, come i pesci nelle peschiere, gli animali ne' parchi ecc, non essendo essi *res nullius*, perchè ànno il padrone (5).

2. Si possono occupare anche gli animali mansuefatti quando abbiano ricuperata la primiera libertà, non abbiano l'animo di tornare

(1) Teoria uniforme, arg. art. 711

(2) Teoria uniforme art. 711.

(3) Anche queste tre sono oggi, ma è molto moderata la preda di guerra. Delle altre due parla il Codice civile, art. 711 a 719.

(4) Per la caccia e per la pesca il Codice civile si rimette a leggi particolari, art 712.

(5) Teoria uniforme, art 711.

Digitized by Google

alla casa ove sono avvezzi e non vi sia l'inseguimento del padrone e specialmente la presenza di costui appresso all'animale fuggito (1). Con queste tre condizioni possono prendersi gli animali mansuefatti. Così i colombi allontanatisi dalla colombaia ànno d'ordinario l'animo di tornarvi, le api fuggite dall'alveare possono facilmente essere riprese con lo stesso alveare donde sono uscite.

Per gli animali mansuefatti che sian fuggiti, il padrone del fondo à il diritto all'inseguimento e di entrare perciò nel fondo altrui per ricuperarli, rivalutando il danno che cagiona (2).

Anche quando poi si riuniscano quelle tre condizioni, non è valida la occupazione, se gli animali mansuefatti son fuggiti e passati in proprietà di altri mediante arte o frode, con le quali si possono ad esempio facilmente attrarre i colombi ed i pesci da una ad altra colombaia e da una ad altra peschiera (3).

3. Per riguardo poi agli animali mansueti, non è mai ammesso il diritto di occupazione; e il padrone à il medesimo diritto d'inseguimento che à il padrone dell'animale mansuefatto, risarcendo del danno il padrone del fondo presso cui lo ricerca (4).

4. Nei casi in cui è permessa la caccia, si può farla nel proprio fondo, o nel fondo altrui, quante volte il proprietario di questo non lo proibisca (5).

5. Il cacciatore non fa sua la preda con la sola ferita, ma la fa sua soltanto allora che l'abbia presa con mano, perchè possono accadere molti accidenti pe' quali egli non giunge a farla sua (*quod multa accidere soleant ut eam non capiat*). Inst. 2. 1. § 13. il che vuol dire che non essendo sempre certo che il cacciatore possa far sua la preda dopo averla ferita, questa non può ritenersi sua proprietà fino a quando non l'abbia presa con mano (6).

Occupazione bellica.

§ 420. I Romani consideravano le cose dei nemici come cose *nullius*, e, per reciprocanza rimpetto al nemico, consideravano se stessi e le cose loro anche come *res nullius*. Per lo che tutto ciò che era preso in guerra era ritenuto come di legittima occupazione. Il principio da cui i Romani movevano era di non riconoscere alcun diritto

(1) Principio uniforme, art. 711.
(2) Il diritto d'inseguimento è stabilito nell'art. 713.
(3) Teoria uniforme per la occupazione fatta con arte o frode, art. 462.
(4) Teoria uniforme, arg. art. 713.
(5) Teoria uniforme, art. 712.
(6) Teoria uniforme, art. 711.

Digitized by Google

nel nemico, e perciò neanche la libertà e la proprietà. La dichiarazione di guerra scioglieva ciascun avversario da ogni riguardo sociale e civile (1).

Ma i Romani ammettevano il diritto di *postliminio*, val dire il diritto di reintegrare nella primiera libertà e nel primiero dominio tutte quelle persone e tutte quelle cose le quali avessero ripassato il confine nemico, *limina*. Si consideravano in tal caso la persona e la cosa come se non avessero mai perduta la libertà ed il dominio primiero (2).

Ritrovamento.

§ 421. Il ritrovamento, chiamato dai Romani *inventio*, è definito— *rerum nullius vel pro derelictis habitarum adprehensio*. Si dice *rerum nullius vel pro derelictis habitarum*, perchè si possono far proprie le cose che si trovano quando esse non sono state nè sono assolutamente di alcuno, ovvero le cose che sono state di qualcheduno il quale le abbia abbandonate, altrimenti vi sarebbe sempre l'ostacolo della proprietà altrui. Si dice *adprehensio*, perchè è necessaria la presa della cosa con la intenzione di farla propria.

Il ritrovamento comprende quattro classi di cose.

La prima è di quelle che assolutamente non sono di alcuno come i coralli e le gemme nelle conchiglie del mare. Chi prima le apprende ne è il proprietario (3).

La seconda consiste nel tesoro il quale si definisce — *vetus depositio pecuniae cujus memoria non extat*, cioè un vecchio deposito di denaro o di altri oggetti preziosi del quale non si ha alcuna memoria. La norma di diritto riguardo al tesoro è che quando alcuno lo trova nel proprio fondo lo fa suo; e quando lo trova nel fondo altrui convien distinguere se il rinvenimento è casuale o ad arte: se è casuale, il tesoro spetta per metà al proprietario del fondo e per metà al ritrovatore: se poi il tesoro è trovato per arte, come ad esempio quando alcuno potesse anche lontanamente conoscere o sospettare che in un fondo altrui possa stare un tesoro, ne fa ricerca e lo trova, allora spetta tutto al proprietario del fondo.

La ragione precisa per la quale, trovandosi casualmente il tesoro nel fondo altrui, si dà metà al padrone del fondo, e metà al ritro-

(1) Per diritto pubblico internazionale, in tempo di guerra sono rispettate le proprietà private così in terra come in mare, e il vincitore diventa proprietario delle cose appartenenti al governo della vinta nazione. Per altro sotto l'aspetto di requisizioni necessarie sono giustificate molte prese di guerra sulle private proprietà.

(2) Non esiste oggi diritto di postliminio, perchè è mancata l'antica e fiera teoria della bellica occupazione.

(3) Teoria uniforme, art. 711.

Digitized by Google

vatore, non è certamente il diritto di accessione nell'uno e il diritto di occupazione nell'altro, perchè tanto l'accessione quanto l'occupazione danno il diritto di prender tutta la cosa e non la metà. Quella divisione a metà fu imposta dall'Imperatore Adriano il quale volle a tal modo dar termine alle discussioni che facevansi tra' Giureconsulti, alcuni de'quali per diritto di accessione avrebbero voluto dar tutto al padrone del fondo, ed altri per diritto di occupazione avrebbero voluto dar tutto al ritrovatore. La ragione poi per la quale il tesoro; trovato nel fondo altrui non per caso ma per arte, spetta tutto al padrone del fondo, è che a nessuno può esser lecito di andar cercando tesori ne' fondi altrui (1).

La terza classe è delle cose abbandonate. Allora si ha per abbandonata una cosa, quante volte il proprietario l'abbia lasciata con l'animo di non voler tenerla più per sua. Onde non si comprendono affatto in questo caso le cose perdute, come per esempio le cose che cadono da un carretto che fosse guidato da qualcuno, e per tali cose vi è l'obbligo di restituzione al padrone se si trova, e se non si trova restano di proprietà di colui che le ha trovate perchè sorge la presunzione di abbandono da parte del proprietario (2).

L'ultima classe è delle cose gettate in mare per alleggerire le navi, e di quelle che il mare rigetta dopo le tempeste. L'occupazione di esse era di colui che le avea trovate quante volte chi le avesse perdute in mare non ne facesse reclamo (3).

USUCAPIONE E PRESCRIZIONE.

§ 422. Col volgere del tempo, e sotto certe condizioni, si può acquistare una cosa non propria e liberarsi da'doveri corrispondenti a'diritti altrui. Quando si acquisti da alcuno una qualche cosa si à la prescrizione acquisitiva; quando invece alcuno si liberi da azioni che altri potrebbe spingere contro di lui, si à la prescrizione estintiva.

La prescrizione acquisitiva si chiama più propriamente usucapione, perchè si basa sull'uso, cioè sul possesso legittimo della cosa. La estintiva si dice anche liberatoria, perchè essa si riduce ad una

(1) Teoria uniforme, art. 715.

(2) Teoria uniforme, art. 714, 715 a 718. Chi trova una cosa deve consegnarla al Sindaco il quale deve far pubblicazioni per darne notizia al proprietario: se questi non si presenta fra due anni, la cosa spetta a chi l'à trovata: se poi si presenti e la reclami, deve pagare un premio a chi la trovò. Veggansi i suddetti articoli.

(3) Per quest'ultima classe si seguono le norme ora dette pel ritrovamento— art. 711, 715 a 718 Cod. civ. 519 e seg. Cod. comm.

Digitized by Google

eccezione per la quale siamo liberati da una azione rispondente ad un diritto che altri aveva (1).

La prescrizione acquisitiva si riferisce sempre ad un diritto reale, per la ragione che richiede come elemento essenziale il possesso legittimo, il quale non può esercitarsi se non si tratti di cosa materiale o di diritti reali (2). La estintiva si riferisce a' diritti reali e personali indistintamente (3).

Inoltre la prescrizione acquisitiva equivale a titolo, e perciò giova tanto attivamente, quanto passivamente — *usucapio prodest tam ad agendum, quam ad excipiendum* — ,mentre la estintiva è un mezzo di difesa, una semplice eccezione (4).

§ 423. Dopo di ciò è facile intendere la definizione volgare della prescrizione acquisitiva, e quella della prescrizione estintiva. La prima è — *adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* — cioè l'acquisto di una cosa mediante il possesso di essa per un certo tempo. La seconda è — *exceptiones quae actori objiciuntur ut ab agendo excludatur eo quod non egit intra tempus a lege praefinitum* — cioè una difesa per la quale si resta liberato da un dovere per la inazione in un certo tempo di chi avea il diritto.

La definizione poi della prescrizione e acquisitiva ed estintiva, guardate in un sol colpo d'occhio, è — « quell'azione dell'autorità « legislativa, con la quale, poste certe condizioni, ella attribuisce o « toglie, dopo il lasso di un dato tempo, la facoltà di far valere in « giudizio una data ragione ».(Romagnosi *Condotta delle acque* § 675 edizione de Giorgi)

Giova fare una breve analisi di quest' ultima definizione.

La prescrizione, acquisitiva od estintiva che sia, provviene direttamente dalla legge. Ha il suo effetto quando per essersi verificate le condizioni dalla legge designate, e per esser decorso il tempo da essa stabilito, si à il tacito assenso di quello al cui danno è corsa la prescrizione. L'effetto poi si riduce all'attribuire o negare l'azione giudiziaria per qualche cosa, e non a conferire o a togliere un intrinseco diritto, il quale è immutabile, perchè il Legislatore non può cangiare i rapporti reali stabiliti dalla natura. Ed è così certo che la prescrizione si riferisce alla sola azione, per quanto non si può dal Giudice farla valere senza istanza di parte, e inoltre l'obbligazione naturale sussiste sempre, e vale il principio

---

(1) Teoria uniforme, art. 2105, 2106, 710, 1236 e 2030.

(2) Teoria uniforme, art. 2106, 686, 694. Veggasi quanto è detto a § 331 a 335.

(3) Teoria uniforme, art. 2105, 2030, 515, 666 e 1236.

(4) Teoria uniforme, art. 2105.

Digitized by Google

che non può ripetersi ciò che sia stato pagato per un debito estinto in forza di prescrizione. Fr. 26 e 51 *de condictione indebit* 12. 6. (1).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1237 e 2109 Cod. Civ.

Ma dalla prescrizione, acquisitiva o estintiva che sia, differisce la decadenza, ed è necessario avere di questa una idea netta.

Nel Codice stanno sparsi moltissimi articoli i quali tutti a prima vista par che contengano altrettante prescrizioni minori di 30 anni, ma per la maggior parte costituiscono invece decadenze, le quali si allontanano dalle regole della prescrizione.

È ricerca delicata e difficile il vedere la differenza tra la decadenza e la prescrizione, e nella natura diversa di entrambe, e negli effetti diversi.

1. *Differenza tra la decadenza e la prescrizione.*

Innanzi tutto non è dubbio che quando si tratti di termine stabilito da una convenzione o disposto dal Giudice, non si à prescrizione ma decadenza. La Legge quando parla di prescrizione e ne detta le norme si riferisce a'diritti che provvengono e al decorrimento del tempo prefisso dalla Legge medesima. Il termine se è compreso in una convenzione costituisce patto di essa, e se è ordinato da una sentenza forma parte integrante di questa. In tali casi perciò non vi potrebbero essere cause d'impedimento, di sospensione ec. Si à la vera e propria decadenza e non la prescrizione.

La difficoltà è a distinguere la prescrizione dalla decadenza inerente allo scadere del termine fissato dalla Legge stessa.

Per codesta distinzione debbono aversi presenti cinque diversi criterii, i quali danno una norma sicura per non errare sopra questo punto per lo quale il Legislatore à serbato silenzio, adoperando per di più una lettera poco felice nella compilazione dell'art. 2147.

Vi è decadenza e non prescrizione.

a) Quando non esiste il diritto, e la legge lo crea sotto la condizione che sia esercitato in un determinato tempo. Così per la purgazione delle ipoteche la legge crea il diritto ne'creditori iscritti di far vendere i beni all'incanto, quante volte ne facciano domanda fra 40 giorni dalla notificazione cui deve procedere l'acquirente, art. 2045. Del pari la legge crea il diritto in favore del proprietario contro l'architetto o imprenditore se l'edificio rovini fra 10 anni, art. 1639. Conviene avvertir bene che la prescrizione mantiene sempre una posizione già esistente cioè il possesso o lo stato di libertà dipendente dall'omesso esercizio del corrispondente diritto. (Savigny, *Diritto Romano* vol. 4 pag. 297. Winiwarter *Comento al Codice Austriaco* vol. 5 § 96). Ma quando non si tratta di una posizione già sussistente, ma della costituzione *ex novo* di un qualche rapporto giuridico, non vi può esser prescrizione ma vi è decadenza.

b) Quando il termine prefisso dalla Legge per un caso determinato costituisce una eccezione senza la quale quel caso rientrerebbe in una regola dalla Legge stessa sanzionata nel Titolo della prescrizione. Tal'è l'azione di denegata paternità da doversi proporre in breve tempo a' sensi dell'art 166 Cod. Civ., altrimenti si potrebbe proporre dopo la maggiore età del figlio, perchè tra padre e figlio la prescrizione è sospesa durante la minore età, art. 2119 capov. 2. Se nel Titolo della prescrizione sta espressa la regola, e in altro

Digitized by Google

§ 424. Quasi tutti gli scrittori di Istituzioni di diritto romano e di diritto civile trattano separatamente e in punti opposti della prescrizione acquisitiva che chiamano soltanto usucapione, e della prescrizione estintiva cui riservano il nome di prescrizione, ma noi crediamo invece di trattarle unitamente, sia per la grande affinità che ripassa tra l'una e l'altra al segno ehe molte regole sono comuni ad entrambi siccome n'è comune la base, sia perchè la mente de'giovani resta divagata e confusa con quel distacco, sia perchè il Codice Civile le unisce.

Piuttosto è del massimo interesse esporre la teoria in un modo

---

luogo del Codice si pone una eccezione per un caso determinato, non si può fare ricorso alla teoria propria di quella regola, ma bisogna stare alla eccezione.

c) Quando vi sia complicato l'interesse pubblico, come ad esempio i termini stabiliti nelle Leggi politiche, ed anche in quelle amministrative come imposte e simili. La ragione è che in tali casi non si tratta d'interesse privato del mio e del tuo, ma d'interesse pubblico, il quale non soffre riguardi specialmente pel corso del termine. La teoria della prescrizione nel Codice Civile è dettata per gl'interessi privati.

d) Quando i termini sono stabiliti dalla procedura, o anche dal Codice Civile ma come procedura a doversi serbare, non già per un diritto a doversi sperimentare. Tali sarebbero i dieci giorni fra quali il tutore deve chiedere la rimozione de'suggelli, art. 281, tale anche sarebbe l'annuo resoconto che il tutore deve dare al Consiglio di famiglia, art. 303. Le norme processuali, sieno scritte nella procedura o nel Codice sono essenzialmente distinte da quelle relative al diritto, e prendono le mosse da tutt'altra teoria che non sia quella della prescrizione.

e) Quando la Legge dichiari tassativamente che intende fare una eccezione alle regole della prescrizione. Così gli art. 1531 e 1519 dicono che il termine stabilito per la rescissione della vendita per causa di lesione, e pel riscatto convenzionale, decorre anche contro i minori. È la legge che parla, e non vi può esser dubbio.

II. *Effetti* — La differenza negli effetti è che per la prescrizione conviene osservare tutte le norme per essa stabilite, e per le decadenze non si debbono osservare le regole relative alla sospensione, come del pari alcune volte non debbono osservarsi quelle relativa al divieto fatto al Giudice di elevar la prescrizione di ufficio, e alla facoltà data alla parte di rinunciare alla prescrizione.

La decadenza à sempre qualche cosa di più rigido della prescrizione e non permette sospensioni, ma invece corre contro chiunque. Codesto è un effetto che si mantiene sempre costante.

Deve poi elevarsi di ufficio la decadenza, e non è permessa la rinunzia dell'avversario in due casi, cioè — 1. o quando nelle cause di decadenza sia direttamente interessato il diritto pubblico, come ad esempio i termini stabiliti nelle Leggi politiche, perchè il diritto pubblico apporta la sua influenza prevalente che distoglie dalla benignità e larghezza del diritto privato — 2. o quando la legge à tassativamente parlato, come è per la decadenza dalla facoltà di appellare dopo decorsi i termini, art. 466 Cod. proc. civ.

Digitized by Google

ordinato e chiaro, affinchè i giovani senza stenti e senza risentire alcun turbamento possano apprenderne gli elementi.

A riuscire in codesto intento divideremo la esposizione in quattro punti, cioè;

1. Base razionale della usucapione e della prescrizione.
2. Tempo necessario per l'una e per l'altra.
3. Regole proprie dell'una, e proprie dell'altra.
4. Regole comuni all'una e all'altra.

Base razionale della usucapione e della prescrizione.

§ 425. Il senso morale rifugge dalla prescrizione, perchè il diritto si presenta come immutabile, e il tempo non consiste che in una semplice relazione.

Ma vi son due ragioni, per le quali si dimostra chiaramente la necessità di questo istituto giuridico. L'una, tutta di ordine privato, riposa nel consenso delle parti, ed uguaglia la prescrizione al contratto. L'altra, tutta di ordine pubblico, provviene dal diritto che à la società a dar sicurezza a'cittadini pe'loro beni.

Per riguardo alla prima, o si tratti di prescrizione acquisitiva, o di prescrizione estintiva, la base contrattuale vi si trova sempre — Dappoichè per l'acquisitiva dovendovi sempre essere il possesso legittimo, questo esige estremi così spiccati e luminosi, pei quali deve risaltare agli occhi del proprietario. Or quando costui per un lungo corso di anni vede che la sua cosa è posseduta da altri, e ciò non ostante tace, consente tacitamente a far che il possessore divenga proprietario della cosa medesima , o in altri termini consente all'alienazione di essa. *Vix est ut non videatur alienare qui patitur usucapi.* Fr. 28 *de verborum significatione* 50.16. In quanto poi allla prescrizione estintiva, si riscontra anche la identica base contrattuale, cioè di consenso tacito per remissione o rinuncia del diritto. Forsechè, dice il Romagnosi, con la connivenza medesima e col senso espresso di non assumere una lite non si rinuncia ad un diritto? Oltre alla tacita rinunzia, la legge vede la tacita confessione della inesistenza del diritto, o la prova del pagamento. Quì accade ripetere — *Taciturnitas et silentium consensum imitantur* (Romagnosi. *Condotta delle acque* § 734 Edizione de Giorgi. Cujacio al Fr. 6. *de acquirenda possessione.*)

La ragione di ordine pubblico si associa a quella di ordine privato per tacito assenso,ma ne è totalmente distinta.—La società, assegnando un termine alle ricerche e a' litigi, provvede alla sicurezza e tran-

Digitized by Google

quillità de'cittadini pe'loro beni, e lo fa per triplice veduta — 1 perchè è difficile aver sempre i mezzi di prova del diritto — 2 perchè è giusto che chi è attivo e diligente profitti dell'abbandono spontaneo del proprietario — 3 perchè è di grande interesse sociale la continuità economica de'beni, ed essa mancherebbe di vita, di possanza, e di estensione se non vi fosse piena sicurezza nel dominio e nel trapasso dall' uno all' altro cittadino. Il Giureconsulto Gaio ricorda codesta ragione tutta sociale per l'istituto della prescrizione — *Bono publico usucapio introducta est ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.* Fr. 1. *de usurpationibus et usucapionibus.* 41. 3.

Codeste sono le basi della usucapione e della prescrizione, ma essa è tutta opera dell'autorità legislativa—*Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis et periculi litium, non a patre relinquitur sed a legibus* (Cicerone—*Oratio pro Cecina*). Onde il Romagnosi esclama — « Quanta verità, quanta filosofia, quanto senso di pub- « blico e di naturale diritto si racchiudono in queste parole! » (*Condotta delle acque* § 798 edizione de Giorgi). In tutto il sistema della prescrizione e acquisitiva ed estintiva la considerazione del privato interesse è tenuta in seconda linea, e prevale invece quella della comune sicurezza sociale. La società deve proteggere lo stato di esercizio di diritti mantenuti per un certo tempo, cioè deve tener fermo il possesso, ovvero lo stato di libertà dipendente dall' omesso esercizio del corrispondente diritto. — Se così non facesse, i principii di ordine, di economia e di sicurezza sarebbero perduti (Savigny *Diritto Romano*, § 237.).

Tempo necessario per usucapire per prescrivere.

§ 426. È questo un punto di molto interesse, e ad averne idea chiara è d' uopo trattare distintamente della teoria relativa alla usucapione cioè alla prescrizione acquisitiva, e di quella propria della prescrizione liberatoria cioè estintiva.

Tempo per la usucapione cioè per la prescrizione acquisitiva.

§ 427. Per la usucapione vi furono quattro periodi successivi, ne' quali il diritto ebbe un progressivo svolgimento, cioè — 1 quello della Legge delle XII Tavole — 2 degli Editti de' Pretori — 3 delle

Digitized by Google

Costituzioni Imperiali — 4 de' tempi posteriori a' Romani — Inoltre v' era una regola speciale per le cose rubate o prese con violenza.

Usucapione per Legge delle XII Tavole.

§ 428. Per Legge delle XII Tavole era stabilita la usucapione a due anni pe' fondi, e ad uno pe' mobili. Lo dice Gajo nelle sue Istituzioni. *Mobilium quidem rerum anno completur usucapio, fundi vero aedium biennio et ita lege* XII *Tabularum cautum est* (Gaj. 2, 42). E la ragione che egli ne adduce è che tale durata di tempo era sembrata sufficiente a che ciascuno potesse vegliare *ad inquirendas res suas* (Gaj. 2, 44). Al tempo di quella Legge, i dominii non erano molto considerevoli, il movimento de' beni era limitato; e d'altra parte si volea eccitare l'amore alla proprietà e la vigilanza de' cittadini, onde tutto concorreva per assegnare alla usucapione un periodo così breve.

Maggiore restrizione si ebbe pe' requisiti che per essa richiedevansi, cioè — 1 il possesso giuridico incominciato con giusto titolo e buona fede — 2 il *commercium* nel subbietto e nell' obbietto.

Pel primo requisito, cioè pel possesso giuridico, ci basta riportarci alle spiegazioni già date a' § 232 e 233, e pel giusto titolo e per la buona fede a' § 392 e 414 N. 3.

Soltanto qui dobbiamo accennare che per Diritto romano in alcuni casi era ammesso come valido il titolo *putativo*, cioè era ritenuto che la opinione del possessore di avere un titolo di acquisto, senza averlo realmente, potesse tenere il luogo di titolo; e così se alcuno avesse dato incarico ad altri di comprare una cosa, e questi procacciandosela in modo illecito gliel' avesse data, dicendogli di averla comprata, il titolo *pro emptore* sarebbe stato putativo: similmente se alcuno avesse acquistato una parte di un immobile credendo di comprare l' intero, e lo avesse legittimamente posseduto per intero, il titolo era putativo per la differenza Fr. 2. § 15 e 16 e fr. 12 *pro emptore* 41, 4 — Fr. 9. pr. pro legato 41 8.—Fr. 4, § 2 e fr. 5, § 1, *pro suo* 41, 10. Inoltre per Diritto Romano mancava la buona fede e perciò non si poteva usucapire quando il possessore avesse acquistato da un minore o da uno sottoposto a tutela o a cura e che perciò fosse incapace di alienare, se ne dava per ragione che l'alienazione fatta da essi era nulla. Fr. 26 e 27 de *contrahenda emptione*, 18, 1. Fr. 109 *de verborum significatione* 50, 16 — L. unica Cod. *de usucapione transformanda* 7. 31.

Se non che, v' erano due casi di eccezione al rigore della regola che richiedea il giusto titolo e la buona fede, e tali due casi consistevano nella *usucapio lucrativa pro herede* e nella *usureceptio.*

Digitized by Google

In quanto alla prima, bisogna ricordare che presso i Romani era ignominioso morir senza eredi, e si tenea perciò a che gli eredi adissero presto la eredità, anche perchè si credea di tutta convenienza che non fosse interrotto il culto delle cose sacre della famiglia del defunto, e fossero senza indugio pagati i creditori; per lo che a spingere gli eredi a far presto atto di adizione, fu permesso a ciascuno senza titolo e senza buona fede di prender possesso della eredità che ad altrui spettava e che non era stata adita, e se il possesso durava per un anno, il possessore acquistava la eredità per usucapione (Gaj, 2, 53, 54.) Ma si riconobbe presto come *improbo* codesto acquisto, vi si fecero delle limitazioni molto gravi, venne finanche chiamato *praedo* un possessore di tal fatta, infino a che quel mezzo di acquisto disparve (Gaj 2, 57, 58; (Gaj. 3, 201. L. 2. C. *pro haerede* 7. 29—Veggasi il Titolo del Digesto *expilatae hereditatis* 47. 19.) La seconda eccezione chiamata *usureceptio* consisteva in ciò che chi avea diritto sotto determinate condizioni a riavere una cosa (come ad esempio il debitore pignoratizio, che pagando il creditore, ha diritto di riavere la cosa data in pegno, ovvero il debitore di balzelli verso lo Stato cui siesi fatta una espropria di cosa che egli può riscattare pagando ciò che deve) se mai giungeva a posseder la cosa per un tempo dalla legge determinato, rientrava per usucapione nel dominio della cosa stessa, anche quando non avesse adempito a quelle condizioni. Riacquistava in somma soltanto per forza del possesso, cioè per uso ciò che avrebbe potuto riavere per diritto mediante il pagamento. Ecco come spiegasi la parola *usureceptio*, cioè ricevimento (*receptio*) per forza di possesso (*usu*) in luogo di pagamento.

Pel secondo requisito della usucapione, cioe pel *commercium*, basterà pure aver presente quanto abbiamo detto al § 89, e qui giova fermar la mente nel concetto che nella persona la quale usucapiva era necessaria la facoltà di contrattare, onde n' erano esclusi gli stranieri; e pel suolo l' attitudine ad essere oggetto di proprietà quiritaria, onde vi erano compresi i fondi Italici, ed esclusi i fondi provinciali (Gaj, 2, 46.)

Prescrizione stabilita dal Pretore.

§ 429. Il Pretore provvide a che i proprietarii de'fondi situati fuori l'Italia, e che erano esclusi dal beneficio della usucapione, come si è detto nelle ultime linee del § precedente, non fossero perpetuamente esposti alla rivendicazione de' loro beni, e perciò diede un rimedio per quanto era nelle sue facoltà. E dispose che chi avesse posseduto con giusto titolo e buona fede fondi provinciali per 10 anni fra abitanti

Digitized by Google

della stessa provincia (*inter praesentes*) e per 20 anni fra abitanti di provincie diverse (*inter absentes*) e fosse stato convenuto con azione vendicatoria, poteva esser salvo con una eccezione in grazia del possesso avuto, e per lo quale fissò più lungo tempo per la difficoltà di sorvegliare i beni siti in provincie lontane. (*Paulli sententiae* Lib. 5, Cap. 2, § 3, e Capo 5, § 8.) Il rimedio dunque consistette in una *exceptio*, cioè in una difesa, e fu chiamata *praescriptio* perchè codesta eccezione si collocava in capo alla formola, e non dopo l' *intentio* come facevasi per le altre eccezioni (Gaj. 4, 132,) cioè fu detta *prescriptio* perchè era scritta per prima nella formola affinchè il Giudice l' avesse innanzi tutto esaminata, com' è logico che si faccia, e come anche oggi si fa da'Magistrati nelle sentenze, riuscendo inutile l'esame del merito se la prescrizione sia ammessa.

Ma col tratto di tempo codesta grave eccezione, chiamata prescrizione, acquistò maggior forza e venne ad avere effetti analoghi alla usucapione con la sola differenza della durata del tempo, perciocchè fu concessa al possessore l' azione utile per ricuperare la cosa (Fr. 10 *si servitus vindicetur* 8, 5. Veggasi Pothier Pandette a tal frammento, e Cujacio al Titolo del Codice *de praescriptionibus longi temporis*). D' altro canto chi avea perduto il possesso, poteva agire con l' azione pubbliciana della quale si è parlato al § 376.

Basti così per questo punto, e soltanto ci piace avvertire che quella eccezione concessa dal Pretore fu chiamata *praescriptio longi temporis*. Fu detta *praescriptio*, perchè (come abbiamo già dichiarato) la eccezione si scrivea in capo alla formola. Fu detta *longi temporis*, perchè la durata del tempo era più lunga di quella concessa per l' usucapione, e fu data più lunga perchè come si è or ora avvertito, i beni erano lontani, cioè fuori l' Italia, e v' era difficoltà di sorvegliarli.

Prescrizioni ammesse dagl'Imperatori.

§ 430. Come si è detto nelle ultime linee del § precedente, la usucapione e la prescrizione *longi temporis* erano giunte al segno da avere effetti analaghi. Tutti gli abitanti del vasto Impero divennero egualmente cittadini Romani, il suolo Italico e il suolo Provinciale furono eguagliati nelle condizioni giuridiche, ed era giunto il tempo di togliere la differenza tra la usucapione e la prescrizione *longi temporis*. Onde Giustianiano le riunì e le fuse in una sola togliendo precisamente quella differenza, poichè dispose che la proprietà si acquistava mediante il possesso giuridico con giusto titolo e buona fede per tre anni se di cosa mobile, per 10 anni fra presenti e per

Digitized by Google

20 tra assenti se di cosa stabile L. 8 pr. C. *de praescriptione XXX vel XL annorum* 7, 39 — L. unica C. *de usucapione transformanda* 8. 31.

Se non che l'Imperatore Teodosio avea prima di Giustiniano stabilita un'altra prescrizione che chiamò *praescriptio longissimi temporis*, per la quale fissò la durata di trenta anni, e le diede forza di sola eccezione, anche quando il possessore fosse stato di mala fede e senza giusto titolo C. 6 *de fin. reg.* 3, 39. E Giustiniano fece su questo punto una innovazione e stabilì che se il possesso fosse cominciato con buona fede, la prescrizione trentenaria valesse anche come azione. Cosicchè se il possessore per trenta anni avesse cominciato in buona fede poteva non solo difendersi contro chi lo attaccava con azione vendicatoria, ma anche ricuperare con tale azione la cosa da altri; e se invece fosse stato in mala fede poteva difendersi soltanto ma non agire L. 8, C. *de praescriptiome XXX vel XL annorum* 7, 39.

V'erano intanto altre due prescrizioni, cioè di quaranta e di cento anni. Quella di quaranta era per le cose fiscali, e pel patrimonio del Principe L. 4 C. *de praescriptione XXX rel XL annorum* 7, 39. — L. ult. C. *de fundis patrimonialibus* 11, 61. Quella di cento anni era pe'beni della Chiesa L. 23 C. *de Sacrosanctis Ecclesiis* 1, 2.

Per le prescrizioni speciali poi relative alle servitù, alle ipoteche ec., si terrà discorso ne'singoli istituti.

Prescrizione ne'tempi posteriori al diritto romano.

§ 431. Abbiamo veduto nel § precedente con quale limitazione venne ammessa la prescrizione a vantaggio di chi avesse cominciato a possedere in mala fede. Egli potea soltanto difendersi e non agire quante volte fossero decorsi trenta anni, cosicchè se dopo il trentennio avesse perduto il possesso, egli non potea rivendicare.

Or su questo punto della mala fede nel possesso si ebbe doppia influenza, l'una all'altra totalmente opposta, onde gli statuti locali furono così varii. Perciocchè da una parte il Diritto Canonico richiedea la buona fede non solo nel principio del possesso, ma anche per tutta la durata (c. 5 Alexander III. C. 20 Innocen. III), e d'altra parte il Diritto Germanico, che ammetteva per gli stabili la sola prescrizione di trenta anni, non facea distinzione tra la buona o mala fede del possessore, onde la prescrizione era valida anche quando questi fosse stato in mala fede (*Heinnecii Elementa Juris Germanici* Lib. 2. Tit. 4, § 120).

E la ragione di tal contrasto stava nel diverso punto di vista,

Digitized by Google

perciocchè il Diritto Canonico vedea al lume della coscienza e della opportunità per frenare le violenze e le usurpazioni de'tempi feudali, mentre il diritto Germanico invece avea di mira di sopire le liti e le inquietudini per la sicurezza della proprietà e pel riposo delle famiglie.

Ma non ostante la varietà degli statuti, è certo che nella gran maggioranza di essi prevalse l'influenza del diritto Germanico, il quale non solo meglio si accostava alle tradizioni Romane, ma le estendeva ancor più in rispondenza de'bisogni sociali. Onde la consuetudine di Parigi per la quale era fissato il periodo di trenta anni per la prescrizione acquisitiva degli stabili, anche quando il possessore fosse stato senza giusto titolo e senza buona fede. Trenta anni costituiscono una generazione, come dice il Romagnosi, perchè formano la ordinaria differenza che passa da padre a figlio, ed è conveniente non turbare uno stato di cose durato per così lungo tempo.

Per altro, non ostante la varietà degli statuti, questi furon concordi nel ritenere la prescrizione immemoriale, la quale si aveva *quando in contrarium non extabat memoria*. Essa fu opera degl'interpetri di Diritto Romano i quali generalizzarono le speciali disposizioni che leggonsi nel fr. 2. pr. § 8. *de aqua et aquae pluvie arcendae* 39. 3, nel fr. 3 § 4 *de aqua quotidiana et aestiva* 43. 20, e nel fr. 28 *de probationibus* 22. 3, e fu perciò dichiarato che la immemoriale valea senza titolo e senza buona fede, e in quei casi nei quali non sarebbe stata ammessibile altra prescrizione:

Maggior varietà si ebbe negli statuti per riguardo alla prescrizione su'mobili pe'quali generalmente venne ristretto a tempo più breve il periodo di tre anni stabilito da Guistiniano, e in alcuni luoghi venne accettato il principio di diritto Germanico —*rem quisque suam reposcere debet ab eo cui dedit non a tertio possessore si hic in bona fide fuerit* — (*Heinnecii Elementa juris Germanici* Lib. 2. Tit. 13, § 367 e 368. Pandect. par. 2. Lib. 6, Tit 1, § 86), cioè deve ciascuno ripetere la sua cosa mobile da quello a cui la diede, e non gli è permesso ripeterla da terzi che se ne trovino in possesso in buona fede. E così, ad esempio, se alcuno avesse dato ad altri in deposito, in commodato ec. una cosa mobile, e il depositario o il commodatario l'avessero venduta ad un terzo, il deponente o il commodante non potevano revindicarla dalle mani del terzo che l'avesse acquistata in buona fede. La ragione che mosse il Legislatore Germanico a dare una somigliante disposizione fu triplice, cioè — 1. volle veder punito chi inconsideratamente affidò ad altri la cosa — 2. non volle veder tradita la buona fede del legittimo possessore — 3. non volle pe'mobili, che passano rapidamente da una mano all'altra, inceppare il commercio e le civili transazioni.

Digitized by Google

Tale principio di diritto germanico fu accolto, come si è detto, in parecchi statuti, e in Francia lo fu da quello di Orleans, e l'illustre Pothier scriveva che il possessore di una cosa mobile se ne dovea presumere proprietario, senza che avesse avuto bisogno di ricorrere alla prescrizione, a meno che colui il quale reclama la cosa medesima non avesse giustificato di averla perduta per qualche accidente, come per smarrimento o furto (Pothier sulle consuetudini di Orléans *Introduzione* n. 4).

Codeste furono le principali vicende dopo i tempi Romani sull'argomento della prescrizione acquisitiva, e a tal modo si presentava la Legislazione quando venne compilato il Codice Francese, seguito poi dal Codice Italiano.

Regola speciale per le cose rubate o prese con violenza.

§ 432. Il possesso delle cose mobili rubate, e delle mobili o stabili prese con violenza, per diritto romano, non aveva il menomo valore, nè per chi le avesse tolte, nè pe'terzi che le avessero acquistate anche in buona fede. Dapòichè per l'odio che i Romani avevano contro i ladri, e contro quelli che violentemente prendevano le cose altrui, essi disposero che queste pel fatto stesso della violenza o del furto venivano poste fuori commercio, e così dovean ritenersi finchè non tornavano al padrone, e non venivano con tale ritorno purgate dalla macchia che le accompagnava. Quì, meglio che in ogni altro caso, valea la massima *res clamat ad dominum*—Gaj. 2. 45 — Fr. 4, § 6. *de usurpationibus* 41. 3 — § 2. *Inst. de usucapionibus* 2. 6. (1).

---

(1) Per riuscire ordinati nella esposizione del diritto vigente, dobbiam distinguere la prescrizione acquisitiva degli stabili da quella de'mobili.

1. *Prescrizione acquisitiva degli stabili.*

Per consuetudine di Parigi (art. 113) la prescrizione acquisitiva degli stabili era doppia, l'una di trenta anni anche senza titolo e senza buona fede, e l'altra di dieci anni fra presenti e venti fra assenti ma con giusto titolo e buona fede, e così fu ritenuto dal Codice Francese il quale non accolse le prescrizioni di quaranta e di cento anni, e quella immemoriale come leggesi agli art. 2262, 2265, 2266 e 2267.

Il Codice Italiano à seguito il Francese variandolo di poco. Ammette senza difficoltà la prescrizione acquisitiva mediante il possesso legittimo di trenta anni, anche senza titolo e senza buona fede, art. 2105, 2106, 2121 e 2135. E dichiara nell'art. 2137 che chi acquista in buona fede un immobile o un diritto reale sopra un immobile in forza di un titolo, che sia stato debitamente trascritto, e che non sia nullo per difetto di forma, ne compie in suo favore la prescrizione col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione. Le variazioni da'corrispondenti articoli del Codice Francese sono tre — 1. sono stati

Digitized by Google

Tempo per la prescrizione estintiva.

§ 433. La prescrizione estintiva, come abbiamo innanzi cennato,

---

espressamente compresi nella prescrizione acquisitiva i diritti reali sugl'immobili, pe'quali il Codice Francese taceva — 2. si è dichiarato che il titolo deve essere trascritto, e che la prescrizione comincia dal giorno della trascrizione, perchè conveniva dar forza all'istituto della trascrizione che il Codice italiano à reso molto importante,come vedremo a proprio luogo — 3. Ha ridotto in tutti i casi il periodo ad un decennio , non ammettendo più la distinzione di dieci e venti anni, secondochè si trattasse di presenti o assenti, sia perchè codesta distinzione dava origine a gravi controversie, sia perchè allo stato odierno delle relazioni sociali, co' mezzi molteplici ed estesi di comunicazione, quella distinzione mancava di ragione.

Inoltre il Codice Civile non riconosce titolo putativo (come faceva il Diritto Romano) e richiede invece sempre la esistenza reale del titolo, sia subbiettivamente per riguardo al possessore, sia obbiettivamente, per riguardo alla cosa, art. 2137, e la ragione è che trattandosi di materia così grave qual' è quella dell'acquisto della proprietà o di un diritto reale nel periodo di dieci anni, bisogna esser sicuri che il titolo realmente vi sia. Di più, in quanto alla buona fede, il Codice (a differenza del Diritto romano) ritiene che chi acquista da un minore o da un interdetto, anche quando conosca la loro incapacità, non manchi di buona fede, e il possessore prescrive in dieci anni; e la ragione è che l'atto di alienazione fatto dagl'incapaci oggi regge finchè non sia annullato, e d'altro canto un atto somigliante può esser confermato , e va pure soggetto alla prescrizione quinquennale, art. 322, 1300, e 1309.

2. *Prescrizione acquisitiva pe'mobili.*

Il principio di Diritto germanico — *rem quisque suam reposcere debet ab eo cui dedit, non a tertio possessore si hic in bona fide fuerit* — penetrato nelle consuetudini di Orléans, e ritenuto dal Pothier, passò nel Codice Francese, il quale all'art. 2279 disse — *riguardo a'mobili, il possesso vale per titolo* — e dal Codice Francese è passato nel Codice Italiano, il quale all'art. 707 dice — *riguardo a'beni mobili per loro natura, ed a'titoli al portatore , il possesso produce a favore de'terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo.*

La regola del Codice Francese è oscura, e non lascia di essere anche oscura quella del Codice Italiano, sebbene questo siesi sforzato ad esprimersi più chiaramente.

A poterla bene intendere bisogna ricordare che per l'acquisto della proprietà in Diritto Romano si richiedeva il titolo e la tradizione, e nel titolo si riunivano tre concetti, cioè la causa abile a trasferire il dominio, l'animo di alienare ed il diritto di alienare. La tradizione era, siccome è oggi, consegna della cosa, e la consegna mena al possesso da parte dell' acquirente. Cosicchè per Diritto Romano quando si diceva che per l' acquisto della proprietà si ricercava la tradizione ed il titolo, intendeva dirsi che si ricercava il possesso da parte dell' acquirente e la causa abile al trasferimento del dominio congiunta all'animo di alienare e al diritto di alienare da parte dell'alienante. Sono cose da noi già spiegate ai § 412, 413 e 414.

Ma il Codice Civile, specialmente per facilitare le civili contrattazioni pone

Digitized by Google

à la forza di estinguere un dovere corrispondente ad un diritto altrui, e non di procacciare un acquisto. Essa si oppone a' diritii che

---

come principio che basta la sola tradizione, perchè si ritenga il titolo, cioè che basta il solo possesso per parte dell' acquirente per renderlo proprietario della cosa mobile e dà al solo possesso la forza che per Diritto Romano aveva il possesso congiunto al titolo nel suo triplice aspetto, cioè 1°. nella causa, 2.° nell'animo di alienare, 3.° nel diritto di alienare.

Bastando oggi la tradizione, cioè la dimostrazione del possesso], per far ritenere causa, animo, e diritto, cioè per rendere acquirente legittimo chi ha la cosa mobile, ne è vietata al vero proprietario la rivendicazione.

La ragione di questo sistema è che i mobili non lasciano traccia passando da una mano all' altra e conveniva rendere facili e sicuri il commercio e gli usi ordinarii della vita civile.

Tale regola però è limitata a'soli mobili materiali, che il Codice Civile chiama mobili per natura all' art. 417, e non a quelli che consistono ne' diritti, quali sono le rendite e i crediti, perchè per essi non si può fare tradizione manuale. Ma la Legge eguaglia alle cose materiali i titoli al portatore, e mantiene per questi la medesima regola, e la ragione è ch'essi sono capaci di manuale tradizione perchè si possono consegnare da uno ad altro; inoltre per cosiffatti titoli il portatore è possessore del credito.

Sviluppato così il concetto della regola esposta ne'Codici moderni con le parole — *ne' mobili il possesso vale per titolo* — e ripetuta un po'più chiaramente dal Codice Italiano, bisogna conoscere le eccezioni.

Il Codice Italiano ne fa tre:

La prima è se il terzo possessore della cosa mobile o del titolo al portatore sia in mala fede, art. 707. La ragione è chiara, dovendo sempre punirsi e non proteggersi il dolo e la rea coscienza. Onde chi ne sta in possesso in mala fede è soggetto alla rivendicazione del proprietario.

La seeonda è per le universalità de'mobili art. 707. Onde il possesso di una universalità di mobili non vale titolo, e perciò il proprietario di essa puo farne la rivendicazione nelle mani del possessore. Ma si avverta bene che deve trattarsi di universalità di diritto (come sarebbe una successione mobiliare), e non di universalità di fatto (come una biblioteca). La ragione è che la universalità di diritto consiste sempre in un diritto che non è suscettivo di tradizione manuale, e così chi è erede di una successione composta di soli mobili, agisce per petizione di eredità come farebbe se si trattasse di stabili. D' altro canto quì si riattacca ciò che noi abbiamo esposto per la universalità di diritto nella teoria possessoria. Veggasi quanto è detto in nota al § 343.

La terza eccezione è per le cose rubate o smarrite, per le quali il possesso che ne abbia il terzo non vale titolo, e può sperimentarsi contro di lui l'azione vendicatoria da chi abbia perduto o a cui sia stata rubata la cosa, il quale di regola non ha il dovere di pagarne il prezzo al possessore attuale da cui la revindica, salvo però al possessore di rivolgersi contro di colui dal quale la ebbe. La ragione è che manca la colpa del rivendicante non avendo egli affidata la sua cosa ad alcuno, e d'altronde è giusto che sia protetto chi per un'accidentalità qualunque abbia perduto la cosa, e che si dia adito al derubato di perseguitar la cosa propria. Per altro nell' interesse del commercio è stabilito che se l'attuale possessore della cosa sottratta o smarrita l'à comprata in una

Digitized by Google

altri affacci mediante un'azione, onde la prescrizione estintiva si rivolge sempre come difesa contro le azioni, costituisce sempre una eccezione, e perciò va anche detta liberatoria.

Le azioni non sono altro che manifestazione del diritto, il quale è reale o personale (V. § 322 e 324), ond'è d'uopo discorrere della prescriizone relativa e alle azioni reali e alle personali.

In quanto alle azioni reali, la prescrizione fu per diritto romano in correlazione del progressivo svolgimento della usucapione e seguì le fasi di questa. La usucapione è sempre relativa all' acquisto della proprietà di una cosa o di un diritto reale su di essa, e abbiam veduto ne' § 428, 429, e 430 che la usucapione si venne gradatamente svolgendo, che fu varia per la durata del tempo il quale venne protratto per aleune a quaranta, e per altre a cento anni, e si venne poi a riconoscere anche la prescrizione immemoriale, e abbiam veduto inoltre che chi veniva a fare un acquisto somigliante avea alcune volte un' azione, ed altre volte una eccezione, a seconda delle condizioni diverse in cui trovavasi. Or è chiaro che l' azione reale del proprietario perdeva di forza tostochè altri avesse usucapito la proprietà della cosa di lui, e ehe l' azione reale che à il proprietario per la libertà della sua cosa cessava per rapporto al diritto reale che altri vi avesse acquistato con la usucapione. Del pari è chiaro che quando colui che usucapiva avesse avuto soltanto la eccezione e non l' azione, restava sempre fiaccato il diritto del proprietario perchè la eccezione di prescrizione facea perdere ogni valore all'azione che il proprietario medesimo avesse spinto per reclamare la sua cosa o la libertà di essa (1).

---

fiera o in un mercato, ovvero all'occasione di una vendita pubblica, o da un commerciante che faccia pubblico spaccio di simili oggetti, il proprietario non può ottenere la restituzione della cosa sua, se non rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata. L'azione di ripetizione però si prescrive nel termine di due anni. Veggansi art. 708, 709, e 2146.

Rimane a parlare delle cose prese con violenza, che il Diritto Romano metteva fuori commercio, al pari di quelle rubate, finchè non fossero tornate al padrone. Il Codice Civile non à ritenuto la teoria romana, la quale in realtà era esagerata ed à fermato come principio che, cessata la violenza, comincia il possesso legittimo, art. 689, perchè si presume un tacito assenso di chi non reclama dopo che la violenza ebbe termine. Ne abbiamo anche parlato nella materia possessoria in nota al § 383.

Intanto giova aver presente che per la prescrizicne acquisitiva, gli scrittori e la giurisprudenza ritengono dover essere sempre regolata dalla legge del luogo in cui si trova la cosa.

(1) Per Codice Civile la teoria si è resa più semplice. Non è stata riconosciuta la prescrizione immemoriale, nè quella di cento anni e di quaranta anni, ma di regola le azioni reali si prescrivono in trenta anni. Chi fa un ac-

Digitized by Google

Se non che l' azione reale compete pure a chi à un diritto reale sopra una cosa altrui, come accade per le servitù e per le ipoteche. Per esse chi soffre il peso può anche liberarsene mediante il decorrimento del tempo e con le condizioni volute dalla legge, ma non in forza di usucapione, cioè della prescrizione acquisitiva, sibbene in forza della prescrizione estintiva. Delle specie diverse di cosiffatte azioni reali soggette alla prescrizione estintiva, si terrà discorso ne'singoli relativi istituti (1).

§ 434. Dobbiamo ora parlare della prescrizione estintiva nel rapporto delle azioni personali.

Queste per antico diritto romano non erano soggette a prescrizione, onde si chiamavano *perpetue*, e tali erano nel fatto. Non si volea incoraggiare chi tradiva la propria parola, e d' altro canto si credea che la obbligazione dovess'esser perpetua, com'era perpetua la Legge nella quale trovava il suo appoggio.

Per altro erano temporanee le azioni onorarie, cioè quelle concesse dal pretore o dagli edili, ed ordinariamente duravano un anno perchè per un anno durava il potere di quelli.

Ma l' Imperatore Teodosio che introdusse la prescrizione trentenaria per le azioni reali, la impose del pari per le azioni personali L. 3. Cod. *de praescriptione XXX vel XL annorum* 7, 39. Valentiniano rese omaggio all' utilità di questa istituzione dicendo *Humano generi profunda quiete prospexit* (2).

§ 435. Dopo che si ebbe così stabilito che tutte le azioni tanto reali che personali cadevano sotto la prescrizione estintiva di trenta anni, Giustiniano riconobbe che un debitore di mala fede avrebbe potuto sostenere di non aver pagato per trenta anni un' annua rendita o canone, ed eccepire la prescrizione dopo decorso il trentennio, mettendo in grave imbarazzo il creditore il quale avrebbe dovuto provare che egli invece fu pagato. Il creditore à il titolo, e le ricevute del canone o dell' annua rendita si consegnano al debitore, per lo che questi potrebbe lacerarle e sostenere di non aver pagato per trenta anni. Onde Giustiniano dispose che il debitore

---

quisto mediante la usucapione à sempre diritto e all'azione ed alla eccezione, e per la prescrizione trentenaria non si può in contrario opporre il difetto di titolo o di buona fede, art. 2135.

(1) Così faremo pure per Codice Civile.

(2) Il Codice Civile stabilisce di regola la prescrizione di trenta anni per le azioni personali, art. 2135.

Si avverta intanto che dagli scrittori si ritiene applicabile la legge del luogo dove si trova la cosa per la prescrizione estintiva nelle azioni reali; ed invece applicabile la legge del luogo dove fu contratta l' obbligazione per la prescrizione estintiva nelle azioni personali.

Digitized by Google

può essere obbligato di dare al creditore una copia delle sue quietanze da lui controsegnata, appure di rilasciargli una contro quietanza chiamata *antapocha* L. 19. Cod. *de fide instrumentorum* 4. 21. (1

§ 436. Vi sono intanto le azioni civili derivanti da reato, e per esse vi è pure prescrizione estintiva, ma vien regolata da norme speciali. Abbiamo già esposto a' § 432 ciò che riguarda il ricupero delle cose rubate o prese con violenza, ma è mestieri conoscere il sistema romano per le altre azioni civili che muovono da reato. Tale sistema è che l' azione civile, la qual prenda origine da un fatto delittuoso, si può esercitare a scelta del danneggiato innanzi allo stesso giudice che decide la causa penale, ovvero separatamente innanzi al Giudice civile. Quante volte si agisca innanzi allo stesso Giudice penale, l' azione civile segue le sorti dell' azione penale; se poi si agisca separatamente innanzi al Giudice Civile, si seguono le norme proprie dell' azione civile, senz' alcun riguardo a quelle proprie dell' azione penale. Però pronunziata la condanna pe' danni interessi, sia in via civile, ovvero in via penale, l' *actio judicati* che ne sorge è governata dalle norme dell' azione civile. Ad ogni modo nè il reo, nè gli eredi di lui possono trarre profitto dal reato, e sono esposti alla rivendicazione o alla ripetizione da parte del danneggiato: L. 4 Cod. *de ordine judiciorum* 3. 7 — Fr. ult. *de privatis delictis* 47. 1 — Fr. 6 *de publicis judiciis* 48, 1 — Fr. 12 *de lege Cornelia de falsis* 48. 10—Fr. 5 e 7 *de calumniatoribus* 3. 6. (2)

---

(1) Per Codice Civile il debitore di un'annua rendita o di un'annua prestazione qualunque, la quale debba durare per più di trent'anni, deve, a richiesta del creditore, somministrargli a proprie spese un documento dopo ventotto anni dalla data dell'ultimo documento, art. 2136.

(2) Alla prescrizione delle azioni civili derivanti da reato provvede l'art. 149 Cod. pen. così concepito. « Le condanne civili pronunziate per reati di pena « criminale, correzionale e di polizia, si prescrivono secondo le regole stabi- « lite dalle Leggi civili. Colla prescrizione dell' azione penale sarà prescritta « anche l'azione civile pel risarcimento de'danni dovuti alla parte danneggiata « od offesa. Ma l' azione in restituzione od in rivendicazione del corpo del « reato, o delle cose derivate da esso, non si prescriverà se non in confor- « mità delle Leggi civili ».

Or si vede chiaramente che codesto art. 149 Cod. pen. stabilisce una regola e due eccezioni.

La regola è che l'azione civile derivante da reato è prescritta quando è prescritta l' azione penale. E poichè le prescrizioni penali son sempre più brevi delle civili, si è voluto con ciò favorire il reo. Le ragioni poi di tal favore sono — 1. che l' azione civile è pedissequa e famulativa della penale, onde quella cade come un accessorio di questa — 2. che è difficile la prova del reato dopo che sia già prescritta l'azione penale, perchè i delitti si occultano quanto più è possibile, e dovendosi ricorrere alla prova testimoniale, questa, che è labile di sua natura, lo sarebbe assai più quando molto tempo fosse decor-

Digitized by Google

§ 437. Oltre alla prescrizione estintiva, della quale sin qui si è discorso, nel medio evo si ebbe la prescrizione presuntiva, quella

---

so — 3. che è ancor più difficile rintracciar le prove dell'innocenza — 4. che non è conveniente rimestar fatti pe' quali la Legge à dato il suo soccorso al reo per l'azione principale qual'è la penale. (Veggasi Romagnosi — *Scritti sul progetto del Codice di proc. pen.* § 621 a 623, edizione de Giorgi — Faustin Hélie proc. pen. § 203).

Le due eccezioni poi sono:

1. La prescrizione è regolata dalle norme del Codice Civile se mai vi sia stata condanna civile, sia che la condanna derivi da sentenza penale quante volte le due azioni si fossero esercitate contemporaneamente innanzi al Giudice penale, sia che derivi da sentenza civile qualora l'azione civile si fosse esercitata separatamente innanzi al Giudice civile, art. 3 a 7 cod. proc. pen. La ragione è che la contestazione della lite civile derivante dal reato è già seguita, onde si à un obbligo contrattuale, perchè ne' giudizii si contratta. Di più l'*actio judicati* rientra tra le azioni personali.

2. Se si tratti di restituzione o di rivendicazione del corpo del reato, o delle cose da esso derivate, si seguiranno anche le regole del Codice Civile. Quì è anche chiara la ragione. Niuno può arricchirsi a danno altrui, e si avrebbe una rivendicazione o una ripetizione d'indebito, art. 439 e 1145 e seguenti Codice Civile.

In altri termini si vede che la Legge à voluto favorire il reo soltanto pel caso in cui egli non abbia tratto profitto ma sia invece responsabile de'danni interessi pe'quali la prescrizione è sempre quella stessa dell'azione penale. Ma se per tali danni interessi vi sia stato contratto giudiziale seguito da sentenza civile o penale, ovvero se il reo sia divenuto più ricco per effetto del reato, la prescrizione è quella civile ordinaria.

Or pel tempo necessario a prescrivere l'azione penale veggansi gli art. 137 e seguenti Codice penale. Il tempo poi necessario a prescrivere l'azione civile anche derivante da reato è di 30 anni, perchè la condanna civile per un fatto penale (*l'actio judicati*) costituisce un' azione personale, siccome pur la costituisce la restituzione del corpo del reato, art. 1097. La rivendicazione di tale corpo costituisce azione reale art. 439 e 1145 e seguenti. E le azioni personali e reali si prescrivono in 30 anni, art. 2135.

Per la prescrizione delle cose rubate o smarrite vi è regola speciale, di cui si è parlato in nota al § 432.

Tutto ciò premesso ne segue che se il danneggiato da un reato, perseguibile ad istanza di parte o di ufficio, istituisca la sola azione civile innanzi al Giudice civile, ovvero se non siesi menomamente istituito il giudizio penale, o anche siesi il giudizio civile istituito precedentemente o separatamente dal giudizio penale, per la prescrizione bisogna stare alle norme del Codice penale, sempre quando il reo non sia divenuto più ricco col corpo del reato. L'art. 148 Cod. pen. senza fare alcuna distinzione dice che pel risarcimento dei danni l'azione civile resta prescritta con la prescrizione dell'azione penale; e bisogna mantener fermo il precetto per le potenti ragioni che ànno indotto il Legislatore a disporre a tal modo, e che abbiamo dinanzi ricordate.

Che se la responsabilità del reo sia nello stesso tempo per risarcimento di danni interessi, e per guadagno fatto col corpo del reato, la prescrizione del-

Digitized by Google

cioè per la quale il lasso di tempo ordinariamente breve di mesi, o di qualche anno, faeea presumere il pagamento. Tale prescrizione presuntiva si applicava pe' crediti degli Avvocati, de' notari, de' farmacisti, degli artefici, delle persone di servizio ec. tutta gente che di solito si fa pagare sollecitamente. (1)

---

l'azione civile correrà la sorte dell'azione penale pel risarcimento, e seguirà le norme del Codice civile pel guadagno.

Se non che per le provincie napoletane quell' art. 148 Cod. pen. fu modificato col Decreto di promulgazione in queste provincie del 17 Febbraio 1861. La modificazione consiste nel sostituirvi l'art. 621 della Procedura Penale Napolitana del 1819 così concepito.

« Le prescrizioni dell' azione civile risultanti da un reato qualunque, se la « azione civile sia stata intentata unitamente all' azione penale saranno rego- « late secondo la prescrizione del reato dal quale essa nasce, altrimenti sa- « ranno regolate con le disposizioni delle Leggi civili. Le prescrizioni delle « condanne civili pronunziate in materia penale saranno sempre regolate con « le disposizioni delle Leggi Civili ».

Per codesto articolo la teoria della prescrizione dell'azione civile derivante da reato poggia nelle provincie napoletane sopra una base radicalmente diversa da quella su cui si ferma il Codice. Dapoichè nel Napoletano si dà invece al danneggiato la scelta o d'istituire la sua azione nel giudizio penale e seguir le regole della prescrizione penale, o d'istituire la azione nel giudizio civile e seguir le regole della prescrizione civile. La ragione che se ne adduce è che se è giusto sospender l'esercizio dell' azione civile innanzi al Giudice civile, finchè il Giudice penale non abbia pronunziato sull'azione penale (art. 4 Cod. pr. pen.) non è poi giusto che l'azione civile soggiaccia alla stessa prescrizione dell'azione penale quando ad essa non fu in niun modo associata. Allorchè l'azione civile è intentata in unione alla penale, diviene pedissequa e famulativa di questa, ma quando s'introduce separatamente deve seguire le norme segnate per le Leggi Civili (Nicolini—Proced. pen. parte 1, § 870 — Relazione della Commissione istituita in Napoli nel 1861 per le modificazioni al Codice penale, § 1).

Per verità sembra più razionale questo sistema, che sarebbe pure in armonia a'dettami del diritto Romano, e che per la sua semplicità non può dar luogo a tante quistioni quante se ne fanno pel sistema inverso stabilito dallo art. 149 Codice penale.

I due sistemi poi sono uniformi nel regolare oon le norme stabilite dal Codice Civile la prescrizione delle condanne civili pronunziate per reati criminali, correzionali o di polizia, per lo che quanto si è detto innanzi per questo punto a proposito dell'art. 149 Cod. pen. valga come ripetuto per la modificazione fatta per le provincie Napoletane col Decreto del 1861.

(1) La prescrizione presuntiva è stata ritenuta dal Codice Civile, ed è distinta in tre periodi, cioè—1. di sei mesi — 2. di un anno — 3. di tre anni.

1. *Di sei mesi.* Si prescrivono in tale periodo le azioni degli osti e de'locandieri per l'alloggio e le vivande che somministrano, art. 2138. È una industria quella delle osterie e delle locande, in cui si paga presto, perchè le relazioni sono momentanee e passeggiere.

Digitized by Google

§ 438. Tutto ciò è per le azioni. Ma come l'attore à la sua azione, così il convenuto à la sua eccezione, ed è d' uopo sapere la norma propria delle eccezioni in materia di prescrizione. Tale norma è espressa nella nota regola, *temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*, il che significa che l' eccezione come difesa non si prescrive finchè duri l'azione, essendo la difesa un principio di diritto naturale. Bisogna però avvertire che deve trattarsi di vera e propria eccezione, la quale non possa dar luogo ad azione, perciocchè se mai la eccezione potesse sperimentarsi come azione, in tal caso correrebbe la prescrizione estintiva per la ragione che vi sarebbe la inerzia.Così la eccezione di dolo, di errore, o di violenza, possono bene costituire un'azione, alla cui base si può attaccare e far an-

---

2. *Di un anno.* Si prescrivono in tal periodo le azioni—de'professori e maestri pel pagamento delle lezioni a giorni o a mesi — degli uscieri per la mercede de'loro atti — de'commercianti pel prezzo delle merci che vendono a'non commercianti — di coloro che tengono case di educazione pel prezzo della pensione ed istruzione — de'domestici, operai e giornalieri pel pagamrnto de'salarî, somministrazioni e giornate di lavoro; art. 2139. Per codeste classi di persone, il pagamento si fa ordinariamente prima che scada il mese, o allo scadere di esso onde si presume il pagamento dopo che è deeorso un anno.

3. *Di tre anni.* Si prescrivono in tal periodo le azionl—de'professori e maestri stipendiati a tempo più lungo di un mese — de' medici, chirurghi, e speziali per le loro visite, operazioni e medicinali — degli avvocati e procuratori per le spese ed onorarii, dal dì in cui la lite è terminata o sia rivocata il mandato — dei notai pel pagamento delle spese ed onorarii — degl' ingegneri, misuratori e ragionieri pel pagamento de'loro onorarii, dal dì in cui i lavori son terminati, art. 2140. Per codeste classi, il pagamento non si fa ordinariamente oltre l'anno, onde a capo di tre si presume il pagamento.

Queste sono le prescrizioni presuntive, cioè poggiate per la estinzione alla presunzione di pagamento. Ma la presunzione non è assoluta, perchè quelli a' quali una tal prescrizione venga opposta possono deferire il giuramento a coloro che la oppongono per accertare se realmente à avuto luogo la estinzione del debito, e possono anche deferirlo alla vedova, se questa vi à interesse, ed agli eredi ovvero a' tutori di questi ultimi se sono minori, per accertare se abbiano notizia che il debito non sia estinto, art. 2142. Ma, oltre il giuramento, non è ammessa altra prova per abbattere la presunzione. Tutto ciò non è per le prescrizioni estintive per le quali il debitore può dichiarare di non aver pagato, e invocare ciò non ostante la prescrizione.

Inoltre il Codice fissa la prescrizione estintiva di cinque anni per le annualità delle rendite perpetue o vitalizie, per le pensioni alimentarie, per le pigioni di casa e pe'fitti de'beni rustici, per gl'interessi delle somme dovute, e generalmente per tutto ciò che è pagabile ad anno o a termini periodici più brevi, art. 2144. La ragione è che il cumulo delle annualità, interessi, e pensioni porterebbe il debitore alla rovina, ond'era d'uopo prevenire un tale danno. Ma questa prescrizione è soltanto estintiva, per lo chè il debitore anche per essa potrebbe dichiarare di non aver pagato ed eccepire validamente la precrizione.

Digitized by Google

nullare un atto giuridico, ond'è giusto che contro tale eccezione corra la prescrizione. (1)

Regole proprie della prescrizione acquisitiva.

§ 439. Le condizioni richieste per la prescrizione acquisitiva sono quattro—1. possesso legittimo — 2. decorrimento del tempo stabilito dalla legge — 3. capacità di acquistare — 4. alienabilità della cosa (2) Esaminiamole partitamente.

§ 440. *Prima condizione.* Il possesso dev' esser legittimo, cioè deve riunire tutti i requisiti stabiliti dalla legge e de' quali abbiamo discorso a' § 332 e 333. Senza possesso non è possibile concepire prescrizione acquisitiva, e d'altro canto non si può mai prescrivere oltre i limiti del possesso, onde le massime — *tantum praescriptum quantum possessum—praescriptio non operatur ultra id quod possessum est* (3).

Quando al possesso deve andar congiunta la buona fede, basta che questa vi sia stata nel principio. Onde l'altra massima—*jus civile* (a differenza del diritto canonico) *non requirit bonam fidem nisi ab initio; superveniens mala fides non nocet.* Ciò richiede l'interesse sociale per la sicurezza e la quiete de' dominii. Fr. 48, § 1. *de adquirendo rerum dominio* 41. 1. L. un. Cod. *de usucapione transformanda* 7, 31 (4).

§ 441. *Seconda condizione.* Deve decorrere tutto il tempo necessario pel compimento della prescrizione, ciò che gli antichi esprimevano con la frase *suffragium temporis.*

Che se alcuno possegga attualmente la cosa e provi di aver posseduto in altro tempo precedente, senza poter dimostrare il possesso nel tempo intermedio, si presume che abbia posseduto di continuo. *Probatis extremis, praesumuntur media.* La ragione è che il possesso può conservarsi soltanto con l'animo, e altronde chi sostiene che il possessore manchi di continuazione di possesso, deve provare il fatto della interruzione (5).

Di regola poi il possesso attuale non fa presumere l'antico. Ma se chi attualmente possiede à un titolo relativo al suo possesso, il titolo lo spiega, gl'imprime il suo carattere, e fa presumere che il possesso sia stato preso al momento stesso del titolo: si applica qui

(1) Teoria uniforme, argom. art. 1302.
(2) Teoria unniforme. Veggansi le seguenti note.
(3) Teoria uniforme, art. 686 e 2106.
(4) Teoria uniforme, art. 702 capov. 2137.
(5) Teoria uniforme, art. 691.

Digitized by Google

la massima di Azone, *praesumptio de praesenti ad praeteritum inducitur* (1).

Il successore a titolo singolare può, e il successore a titolo universale deve unire il suo possesso a quello del proprio autore. La ragione della facoltà concessa all' uno e del dovere imposto all'altro è che quegli non succede e questi succede all'*omne jus defuncti*, essendo l' erede continuatore giuridico della personalità del defunto, onde il possesso dell' uno si unifica con quello dell' altro. La regola è importante per riguardo al possesso in cui si ricerchi la buona fede, e pel possesso a nome altrui; perciocchè se l' autore è stato in mala fede o abbia posseduto in nome altrui, il vizio nuocerà sempre al successore universale, ma non al successore singolare, purchè questi abbia compito il giro della prescrizione col possesso da lui tenuto, senza mettere a calcolo il possesso del suo autore, Fr. 40 e 43 *de usurpationibus et usucapionibus* 41 3 — Fr. 2. — § 19 *pro emptore* 41, 4. Fr. 30 pr. ex *quibus caussis majores XXV annis in integrum restituuntur* 4. 6 (2).

§ 442. *Terza condizione.* È necessario che vi sia la capacità di acquistare la cosa che si è posseduta. Se la prescrizione acquisitiva è un acquisto, e la persona che à posseduto non può acquistare, ovvero il possesso non può riuscir vantaggioso ad una persona che si trovi in una determinata posizione, il possesso che esse abbiano riesce inutile per la prescrizione.

Questo punto è importante pe' possessori a nome altrui, e fa d' uopo esporre la teoria con tutta precisione.

Il possesso legittimo, come abbiamo veduto ai § 332 e seguenti ha per principale requisito l' *animus sibi habendi,* cioè la intenzione di avere la cosa come propria. Ma si puó avere la cosa nel proprio possesso con l' *animus sibi habendi* anche per mezzo di un rappresentante, come ad esempio sarebbe il conduttore. Quando il possesso si ha per mezzo di un rappresentante, si trova l' *animus sibi habendi* nel rappresentato e si trova la semplice materiale detenzione nel rappresentante, onde nell' uno sta la *possessio* e nell' altro la *detentio*. In breve niente impedisce che alcuno possegga cioè abbia la semplice detenzione a nome altrui, o, che vale lo stesso, niente impedisce che alcuno abbia il suo possesso legittimo per mezzo di altri.

Or è regola che *nemo sibi ipse caussam possessionis mutare potest*; cioè niuno che possegga a nome altrui può mutare di sua volontà la causa ed il principio del suo possesso, il che significa che niuno

(1) Teoria uniforme, art. 692.

(2) Teoria uniforme, art. 693, 2106, 2115, 2117, e 2137.

Digitized by Google

che possegga a nome altrui, può con un semplice atto di volontà cominciare a possedere in nome proprio ed acquistare così la cosa per mezzo della usucapione. Sempre il rappresentante si presume che possegga a nome del rappresentato. Il titolo, cioè, la causa della sua materiale detenzione, gli è di ostacolo ad avere un possesso legittimo e con *animus domini* sulla cosa checchè egli abbia nella sua volontà. Ecco perchè si dice che ad *primordium tituli posterior semper refertur eventus*. Fr. 35, § 1. *de usurpationibus et usucapionibus* 41, 3 — Fr. 3 § 19, e Fr. 2. § 1 *pro haerede* 41, 5.

Ma quando la volontà del rappresentante cioè del detentore o del possessore a nome altrui, come voglia chiamarsi, si manifesti palesemente in opposizione alla volontà di colui, nel cui nome possedeva, come per esempio scacciandolo dal fondo e dicendosene egli proprietario, oppure intimandogli un atto col quale dichiara che egli prende a possedere a nome proprio senza volersi più riconoscere come suo rappresentante, e dopo di ciò eserciti tutti gli atti proprii di un possessore legittimo, ed il possesso riunisca tutti i requisiti voluti dalla legge, in tal caso la cosa cambia di aspetto, perchè non si tratta di un semplice atto di volontà del rappresentante, ma invece di una volontà manifestata in opposizione diretta della volontà del rappresentato, e con fatti esteriori tali da non potersi porre in dubbio che la detenzione che egli prima avea si è convertita in possesso legittimo. Il possesso in tal caso è mutato e vale per usucapire.

Similmente il possesso del detentore può mutarsi in possesso legittimo pel fatto di un terzo, come per esempio quando un terzo venda, doni al detentore la cosa che questi possedeva a nome altrui. Se dopo di ciò il detentore faccia tutti gli atti proprii di un possessore legittimo, non riconoscendosi più come rappresentante di quello nel cui nome deteneva la cosa, egli può usucapire, anche quando sia in malafede, poichè questa esclude la usucapione di dieci anni, ma non la trentenaria. La ragione è chiara. Vi è un titolo per lo quale si converte la detenzione in possesso legittimo, vi è il fatto che corrisponde a tale titolo, e che riunisce tutti quanti i caratteri pei quali quegli nel cui nome egli prima possedeva è a giorno della perdita del suo possesso, e vi è l'acquiescenza e la inazione dell'antico possessore, il quale non se ne è punto risentito.

Se non che il possessore a nome altrui potrebbe trasferire ad altri a titolo di proprietà la cosa che egli ha come rappresentante, e la ragione è manifesta perchè chi acquista una cosa, e ne à poi un possesso legittimo, gode della usucapione quante volte il rappresentato non ne abbia mosso lamento. Un conduttore, ad esempio, può vendere la casa o il terreno che ha in fitto e la prescrizione acqui-

Digitized by Google

sitiva corre a vantaggio dell'acquirente sempre quando questi ne abbia avuto un possesso con tutti i requisiti designati dalla legge e pei quali il proprietario è fatto inteso della perdita del possesso da sua parte. Se egli non ne muove lamento e si compie il tempo stabilito per la prescrizione, avrà perduta la cosa per effetto della sua acquiescenza. Fr. 5, § 18; fr. 19 § 1; fr. 47 *de adquirenda vel amittenda possessione* 41. 2 — Fr. 12 e fr. 18 *de vi et vi armata* 43. 16 — Fr. 9 § ult. e fr. 10 *de rebus creditis* 42. 1 — Fr. 33; § 1 *de usurpationibus et usucapionibus* 41. 3 — Ma il possessore a nome altrui gode della prescrizione estintiva per gli obblighi che gli corrono verso colui che egli rappresenta: così chi tiene in'affitto una casa non può per essa godere prescrizione acquisitiva finchè non si muti il titolo del suo possesso; ma anche quando questo titolo del suo possesso non si muti, egli godrà della prescrizione estintiva pel pagamento delle pigioni. L. 7 Cod. *de petitione haereditatis* 3. 31—L. 3 e 4 Cod. *de praescriptione XXX vel XL annorum* 7. 39 (1).

§ 443. *Quarta condizione* — La cosa che si acquista con la prescrizione dev'essere alienabile, perchè deve passare dalla proprietà di uno alla proprietà di un altro. Tali non sono le cose fuori commercio, tra cui principalmente rientrano le cose comuni (come l'aria e il mare), le cose pubbliche (come i fiumi), e le cose della università (come le strade e le piazze). Fr. 9 *de usurpationibus et usucapionibus*. 41, 3—Fr. 43, § 1. *de acquirendo rerum dominio* 41, 1 —Titolo del Codice *ne rei dominicae vel templorum* 7. 38 — L. 23, Cod. *de sacrosanctis Ecclesiis* 1, 2 — L. 3, Cod. *quibus non objicitur longi temporis praescriptio* 7, 35 (3).

§ 444. Del rimanente, compiuta la prescrizione acquisitiva sorge la presunzione assoluta di proprietà, e l'effetto è retroattivo al primo giorno del possesso, onde restano prescritti anche i frutti (3).

Regole proprie della prescrizione estintiva

§ 445. La prescrizione estintiva allora può correre quando il diritto à preso vita, e se ne può chiedere l'adempimento. Le semplici speranze, le aspettative di un diritto futuro non possono dar

(1) Tutte tali idee relative al possesso a nome altrui sono uniformi per Codice civile—art. 2115-2116-1217-2118.

(2) Teoria uniforme, specialmente pe' beni che il Codice civile chiama demaniali, e di uso pubblico comunali e provinciali art. 426, 427, 430, 432, 2113 e 2114.

(3) Teoria uniforme art. 2135 e 2142

Digitized by Google

luogo ad alcuna prescrizione finchè non si sieno realizzate. I diritti condizionali nè anche sono soggetti a prescrizione finchè la condizione non siesi verificata. La ragione è che la prescrizione estintiva può agire contro l'azione, la quale a sua volta suppone il diritto, e, se questo manchi, la prescrizione non vi può essere. Inoltre se la prescrizione si fonda sul tacito assenso di quello contro cui corrre, è impossibile presumere codesto assenso in colui che non può agire. L. 1, § 1 e 2 Cod. *de annali exceptione* 7, 40. L. 8 Cod. *de praescriptione XXX vel XL annorum* 7, 39 (1).

Del pari la prescrizione estintiva non può correre per le azioni il cui esercizio è sospeso da un termine fino a che il termine non sia scaduto. La ragione è che non potendosi esigere prima della scadenza del termine ciò che si deve a tempo determinato, riesce chiaro che non si può supporre inazione in chi non può agire. Se poi il termine fosse collegato ad un avvenimento futuro ed incerto, si avrebbe una condizione — *dies incertus pro conditione habetur* — e si andrebbe allo stesso risultato per la ragione ora detta a proposito de' diritti condizionali. Quante volte poi un credito dovesse pagarsi in varii termini (come un credito di lire mille a lire dugento all'anno) la prescrizione corre per ciascuna porzione dalla scadenza del termine che la riguarda, e non già dalla scadenza dell'ultimo termine, perchè l'obbligazione divisa forma tante obbligazioni particolari quante sono le rate: ciascuna di esse dà un' azione, e per conseguenza dà una prescrizione — L. 7, § 4, Cod. *de praescriptione* XXX vel XL *annorum* 7, 39 (2).

Di vantaggio non può correre la prescrizione per le azioni in garenzia, sino a che non abbia avuto luogo la evizione. La ragione è che si tratta di obbligazione condizionale, perchè la garenzia deve prestarsi se la evizione à luogo. Essendo perciò condizionale l'obbligo del garante, la causa della sospensione è la condizione, onde valga quì per ripetuto quanto ora per essa abbiamo detto L. 11. Cod. *de evictionibus* 8, 45 (3).

Compita la prescrizione per esservi stata la inazione di chi aveva

---

(1) Tooria uniforme, art. ed arg. art. 2120 capov. 2.

(2) Teoria uniforme, art. 2120 capoverso ultimo.

(3) Teoria uniforme, art. 2120 capov. 3. E si avverta che gli scrittori odierni di diritto civile ritengono che la prescrizione comincia a decorrere non già dal giorno in cui la sentenza di evizione sia passata in giudicato, ma dal giorno della turbativa giuridica che dà luogo alla evizione medesima. Perciocchè, se si considera la ragion della legge, si trova che la causa del favore mancherebbe, perchè quegli che se ne giovava, fatto accorto con la turbativa, può bene agire in garenzia, e se non agisce si trova in quello stesso stato d'inazione che

Digitized by Google

il diritto durante tutto il tempo stabilito dalla legge, resta estinta 'azione e per la cosa principale e per gli accessorii, e la prescrizione è operativa dal giorno in cui il diritto prese vita (1).

Regole comuni alla prescrizione acquisitiva ed estintiva.

§ 446. Queste riguardano 1. l'impedimento, 2. la sospensione e 3. la interruzione, 4. la divisione e la computazione del tempo, 5. la capacità a far valere la usucapione e la prescrizione ed a rinunciarvi.

Impedimento.

§ 447. Si à l'impedimento quando la prescrizione, acquisitiva o estintiva che sia, non trova luogo.

Ciò accade pe' diritti facoltativi, i quali son quelli che riguardano l'esercizio delle facoltà naturali e che rientrano nella sfera della personalità umana, cioè sono i diritti per essenza loro o per legge inerenti alla persona o alla cosa, e che meglio chiamansi puri atti o fatti, in quanto che ànno il loro fondamento nella natura e nella libertà e ad esistere legittimamente non hanno bisogno di un titolo speciale, che li autorizzi o ne stabilisca l'acquisto. E così è un diritto facoltativo non soggetto nè ad usucapione nè a prescrizione il reclamo dello stato civile della persona. Lo è del pari la facoltà che ha il proprietario di edificare sulla sua area, lo sono le azioni divisorie ecc. Fr. 41 *de acquirenda vel amittenda possessione* 41, 2. Fr. 2, *de via publica et itinere publico reficiendo* 43, 2 (2).

Ma non si debbono confondere coi diritti facoltativi di simil genere le facoltà stipulate per contratto, le quali si acquistano, si conservano, e si perdono come tutti gli altri diritti, perciocchè i diritti in generale non sono che facoltà (3).

Sospensione.

§ 448. La sospensione della prescrizione è un tempo di sosta, durante il quale la prescrizione rimane inerte: *praescriptio quiescit*. Ma,

---

fa perdere i diritti che si ànno. Tale concetto è in certo modo rifermato dallo art. 1497, e di più la parola evizione è presa anche in senso di turbativa giuridica nell'articolo 1035. Intanto pe'diritti condizionali, e per le azioni sospese da un termine, e per quelle in garenzia, veggasi la nota importante apposta al § 452.

(1) Teoria uniforme, art. 2105.

(2) Teoria uniforme, art. 688.

(3) Teoria uniforme, art. 2135.

Digitized by Google

contrariamente a ciò che accade per la interruzione della quale parleremo nel seguente §, nella sospensione il tempo anteriore non resta infruttuoso, la prescrizione riprende il suo corso quando la causa di sospensione sia cessata, e i due termini si riuniscono.

La sospensione ripete la sua ragione da due cause, cioè, 1. da'rapporti che ripassano tra chi soffre della prescrizione e chi ne profitta — 2. dalle condizioni in cui si trova chi ne soffre (1).

Rapporto che ripassa tra chi soffre della prescrizione e chi ne profitta.

§ 449. La prescrizione resta sospesa pe' rapporti di famiglia e per qualche altra causa analoga. Questa sospensione à di singolare che dura finchè que' rapporti durino, ed è limitata alle sole persone tra cui que' rapporti ripassano.

Innanzi tutto la prescrizione non corre tra marito e moglie durante il matrimonio, perchè sarebbe contrario alla natura della società coniugale il permettere che i diritti di un coniuge non fossero rispettati dall' altro coniuge, e che essi dovessero pensare a guardarsi da usurpazioni scambievoli. L. 30. Cod. *de jure dotium* 5. 12. (2)

Non potea per diritto romano correre tra padre e figlio, perchè la personalità giuridica dell' uno assorbiva quella dell' altro , onde la massima—*pater et filius pro una persona habentur*. Nè poteva correre tra il tutore e il pupillo, perchè era a quello vietato ogni atto relativo alla tutela e che toccasse il suo interesse, onde l' altra massima—*tutor auctor fieri in rem suam non potest*. Il medesimo principio e per la stessa ragione era applicabile a' curatori. Veggasi quanto è detto a' § 195, 249, e 258 (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 2119, e 2120. Veggansi le seguenti note.

(2) Teoria uniforme, art. 2119 capov. 1.

(3) Per Codice civile la prescrizione non corre.

1. Fra la persona a cui spetta la patria potestà e quella che vi è sottoposta, art. 2119 cap. 2. La ragione sta non solo nel mutuo amore che la legge suppone tra loro, ma più di tutto nell'essere il padre rappresentante de'figli ed amministratore de'beni loro art. 224. Se il padre deve amministrare e perciò conservare la sostanza de'figli, sarebbe contradittorio permettere che potesse prescrivere. E se il padre deve rappresentare i figli, sarebbe contradittorio che i figli potessero prescrivere contro di lui, sia perchè il padre come rappresentante de'figli verrebbe a prescrivere contro di se sia, perchè diverrebbe capace di prescrivere chi non è capace di atti giuridici e nè anche dell' amministrazione. Ma si avverta che la legge non parla nè di padre nè di madre, ma di persona a cui spetta la patria potestà, cioè del genitore che esercita la patria potestà art. 220. Per lo che se ad esempio la patria potestà è esercitata dal padre, la prescrizione corre tra i figli e la madre. Tale sospensione dura fino alla maggiore età poi-

Digitized by Google

§ 450. I prammatici ritennero che la prescrizione non dovesse correre contro l'erede beneficiato per riguardo a'crediti sulla eredità, come del pari non dovesse correre contro l'eredità giacente, se pure la prescrizione non fosse cominciata contro il defunto (1).

---

chè se mai vi fosse emancipazione si cade sotto il disposto del capov. 4 di questo articolo.

2. Fra il minore o l'interdetto e il suo tutore art. 2119 capoverso 3. La ragione è quella stessa ora cennata pel rapporto che ripassa tra padre e figlio. Perciocchè il tutore, a somiglianza del padre, rappresenta il minore e l'interdetto e ne amministra i beni art. 277, 239. E si avverta che la sospensione dura non fino alla cessazione della tutela, ma fino alla resa di conto ed approvazione di esso art. 302 e seg. 329. Estendendosi così la durata della sospensione, si dà maggior forza alla resa di conto, e meglio si guarentiscono gl'interessi del minore e dell'interdetto.

3. Fra il minore emancipato, il maggiore inabilitato e il curatore art. 2119 capoverso 4. La ragione è analoga a quelle ora dette. La fiducia che deve ripassare tra essi consiglia a non permettere che l'uno possa profittare a danno dell'altro. Inoltre il curatore deve assistere l'emancipato e l'inabilitato per gli atti eccedenti la semplice amministrazione, art. 318, 319, 329, e la prescrizione ripugna a tale assistenza.

4. Fra le persone che per legge sono sottoposte all'amministrazione altrui e quelle a cui l'amministrazione è commessa, art. 2119 capoverso ultimo. La ragione sta nel principio di contradizione il quale non soffre che alcuno che deve amministrare, e perciò conservare, possa profittare ed usurpare, nè soffre che quegli il quale è incapace di amministrazione possa esser capace di un atto di maggior momento, quale sarebbe l'*acquistare*, presa questa parola non solo per acquisto effettivo, ma anche per liberazione, giusta il dettato. *Si quis obligatione liberatus sit, potest videri coepisse*. Fr. 115 *de regulis juris* 50, 17.

(1) Per Codice civile la prescrizione non corre tra l'erede e l'eredità accettata col benefizio d'inventario, art. 2119 capov. 5. La ragione sta nel principio di conservazione ed amministrazione confidata all'erede anche nell'interesse dei creditori del defunto e de' legatarii art. 969: se l'erede à l'obbligo di conservare, sarebbe contradittorio permettergli il profittare. La ragione poi per la quale la prescrizione non corre a vantaggio dell'eredità contro l'erede sta nel medesimo principio di conservazione, perchè l'effetto del benefizio d'inventario è di conservare all'erede i suoi diritti contro la successione art. 968: se il beneficio d'inventario à per effetto la conservazione de' diritti dell'erede contro la eredità, sarebbe stato contradittorio ammettere la prescrizione, la quale verrebbe ad alterare la conservazione voluta dalla legge stessa. Di più stando i beni in mano dell' erede, questi si accosta alla condizione del creditore munito di pegno, ed è noto ehe quando vi è il pegno non corre prescrizione tra creditore e debitore.

Si avverta però che la prescrizione corre tra i coeredi riguardo a' rispettivi loro patrimonii, anche quando tutti o parte avessero accettato col beneficio d'inventario; come pure corre contro o pro di una eredità giacente, ed anche contro i creditori della successione i quali avessero l' usufrutto sopra tutti i beni parte de' beni compresi nella eredità.

Digitized by Google

Rapporto derivante dalla condizione in cui si trova chi soffre della prescrizione.

§ 451. Per tale rapporto la prescrizione, acquisitiva od estintiva che sia, non corre per alcuno, ossia niuno può prescrivere contro le persone dalla legge designate e ne'casi dalla legge per esse stabiliti.

Non corre durante il matrimonio per la donna maritata in quanto alle cose portate in dote e ciò è disposto per mantenere il principio della sicurezza della dote. L. 30 Cod. *de jure dotium* 5. 12. Ma la prescrizione seguita a correre se à cominciato ad aver corso prima del matrimonio nel quale caso il marito ne sarebbe responsabile, sia perchè egli è in colpa nel non avere invigilato, sia perchè chi à cominciato a prescriver prima non trovava alcun divieto nella legge. I beni parafernali della moglie son soggetti a prescrizione Fr. 16. *de fundo dotali* 23 5. (1). Veggasi quanto è detto a' § .182 e 183.

§ 452. Per diritto romano la prescrizione non correva contro gli impuberi Fr. 48 *de adquirendo rerum dominio* 41. 1. L. 3 Cod. *de praescriptione XXX vel XL annorum* 7. 39.—Non correva contro i minori la prescrizione di dieci anni fra presenti e venti fra gli assenti L. 3. Cod. *quibus non objicitur longi temporis praescriptio* 7. 37. Ma e pe'minori in quanto alla prescrizione di più lungo tempo, e per altre classi di persone si ammetteva contro la prescrizione già compita il beneficio della restituzione in intero, di cui si parlerà a proprio luogo (2).

(1) Il Codice civile riconosce la efficacia della prescrizione cominciata prima del matrimonio e ne chiama responsabile il marito art. 1408, ma limita la sospensione durante il matrimonio al solo fondo dotale proprio della moglie, onde gli altri beni dotali, come i crediti e i mobili non vi sarebbero compresi e neppure vi sarebbe compreso il fondo dotale che non appartenga a lei in proprietà. Molto meno sono imprescrittibili i beni parafernali. Il Codice intanto dichiara sospesa la prescrizione durante il matrimonio anche pel fondo specialmente ipotecato per la dote e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali, ciò richiedendo il principio della sicurezza in materia dotale, art. 2120 capov. 4. Veggansi note al §. 183.

(2) Per Codice civile la sospensione è limitata soltanto a'minori non emancipati, agl'interdetti per infermità di mente, e a'militari in servizio attivo intempo di guerra, art. 2120 capov. 1; mentre la prescrizione à il suo corso pe'minori emancipati, per gl'interdetti legali, pe'maggiori inabilitati, e pe'militari in servizio attivo in tempo di pace. La legge à voluto soccorrere soltanto pe'casi più gravi, cioè per quelli pe' quali non era possibile presumere un assenso tacito che è base della prescrizione. Presumere che un minore non emancipato, un pazzo, o un militare impegnato in una guerra possano conoscere una prescrizione che corra a loro danno e rimanersene ciò non ostante inoperosi, sarebbe stata cosa contraria alla verità. In vece gli emancipati, gl'interdetti per condanna penale,

Digitized by Google

Interruzione.

§ 453. La usucapione e la prescrizione sono interrotte quando n'è troncato il corso, per modo che il tempo anteriore è perduto del tutto, e soltanto è possibile che ricomincino a decorrere novellamente.

La interruzione è naturale o civile.

La interruzione naturale si riduce alla privazione del possesso, onde si riferisce alla prescrizione acquisitiva e alla prescrizione estintiva delle servitù. Or la mancanza del possesso accade o per volontario abbandono che il possessore ne faccia, ovvero perchè il possesso gli è tolto con violenza. In quest'ultimo caso, per diritto romano la cosa era posta fuori commercio, finchè non tornasse al primiero padrone, come abbiamo detto al § 432., e perciò la prescrizione restava interrotta nel suo corso e mancava al possesso la continuità ch'era uno de' requisiti indispensabili per la *possessio ad usucapionem*, come abbiam veduto al § 333—Fr. 5. Fr. 15 pr. e § 2 *de usurpationibus et usucapionibus* 41. 3. — Fr. 7 § 4 *pro emptore* 41. 4. Questa interruzione naturale era da'Romani chiamata *usurpatio*, perchè usurpa anche il proprietario il quale di propria forza e senza la via legale riprende il suo.

---

i prodighi o altri inabilitati per lieve alterazione mentale; ed i militari che non sieno in guerra ànno la possibilità di attendere qual più, qual meno alla cura degl'interessi proprii. Che se alcuno fosse in istato di demenza e non interdetto, la prescrizione corre, perchè la legge à voluto evitare una causa sopra causa per la sospensione in cosiffatto caso, e richiede la interdizione: trattandosi di favore, la interpetrazione dev'essere rigorosa.

Se non che v'à una innovazione importante fatta dal Codice a proposito della sospensione della prescrizione in quanto alla donna maritata pel fondo dotale, a' minori, interdetti, e militari di cui abbiamo discorso e in questa nota e nella precedente, come pure in quanto a' diritti condizionali e alle azioni a termini o in garenzia di cui abbiam parlato in nota al § 445.

La innovazione è che in tutti tali casi si ammette la prescrizione acquisitiva di trenta anni pel terzo possessore di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile art. 2121. Tale deviazione dal rigore de' principii fu consigliata da alte considerazioni della stabilità de' dominii e della certezza de' diritti de' terzi, senza che possa esservi giusto motivo di reclamo per parte degl'interessati. Se la sospensione à fondamento nell'età minore della persona interessata àvvi non solo la possibilità, ma tutta la probabilità che il corso della prescrizione sarà interrotta da chi la rappresenta; il risarcimento de' danni cui sarebbe tenuto il rappresentante nel caso contrario, lo rende direttamente interessato ad impedire il corso della prescrizione. Qualora poi si tratti di diritti eventuali, o il cui esercizio sia sospeso da condizione o da termine, il Codice vi provvede riconoscendo che gl' interessati possono procedere in via di dichiarazione del loro diritto, art. 2126, e così interrompere la prescrizione anche ne' rapporti de' terzi.

Digitized by Google

La interruzione civile è quella che si fa ne'modi civili cioè co'mezzi stabiliti dalla legge, e si avea per diritto romano antico soltanto per la contestazione della lite, ma di poi bastò la sola chiamata in giudizio, senza che si fosse mai ammessa una interpellazione stragiudiziale come valevole ad interrompere la prescrizione in corso L. 3. Cod. *de annali exceptione* 7. 40 L. 1. e 2. Cod. *de praescriptione longi temporis* 7. 33 (1).

(1) Per diritto vigente l'interruzione è anche naturale e civile.

Si ha la interruzione naturale quando il possessore è privato per più di un anno del godimento della cosa, sia che questa venga da lui abbandonata, sia che gli venga tolta, art. 2124. La ragione è che l'azione possessoria di manutenzione o di spoglio può esercitarsi fra l'anno, art. 694, 695; onde accade che se il possessore agisca con azione possessoria durante l'anno, e la cosa gli venga restituita anche dopo che l'anno è trascorso, non vi è più interruzione, perchè la sentenza retroagisce al giorno della domanda.

La interruzione è civile quando vi è la legale manifestazione della volontà, da parte di colui che ha il diritto, di volerlo mantenere fermo e non starsene inerte a vederne l'abbandono. Questo è il principio, e le modalità diverse sono cinque, cioè: 1. domanda giudiziale, — 2 precetto — 3 sequestro — 4 atto di costituzione in mora — 5 chiamata o presentazione volontaria per la conciliazione — art. 2125.

Esaminiamoli partitamente essendo la interruzione una cosa molto grave.

1. La domanda giudiziale non va intesa nel senso stretto di citazione istitutiva del giudizio, ma invece in senso largo per ogni domanda che in ogni giudizio si fa, e così per la riconvenzione, art. 100 cod. proc. civile per l'intervento in causa, art. 201 cod. proc. civ. ecc. Che se la domanda sia stata fatta innanzi ad un giudice incompetente, mantiene ciò non ostante la sua forza interruttiva, perchè sempre si è fatta manifestazione di volontà contraria alla prescrizione in corso, e la manifestazione è basata ad atto valido, art. 2125 Quando invece la citazione o la intimazione sia nulla per incompetenza dell'ufficiale che le ha eseguite o per difetto di forma, la prescrizione non è interrotta, perchè, sebbene appaja la manifestazione di volontà contro il possessore od il debitore, pure essa è poggiata ad un atto nullo e ciò che è nullo, non può menare ad effetti giuridici art. 2128. La domanda poi dalla quale l'attore abbia receduto, e quella che sia caduta in perenzione, ovvero che sia stata rigettata, non interrompono la prescrizione, e la ragione è semplicissima perchè in tali casi la domanda svanisce, art. 2128.

2. Se la domanda ha la virtù di interrompere la prescrizione, maggior forza deve avere il precetto, perchè questo contiene la minaccia di una esecuzione forzosa sui beni del debitore per l'adempimento della sua obbligazione, art. 2125 Cod. Civ. 562 Cod. proc. civ.

3. Gli atti esecutivi poi, essendo più rigorosi e della domanda e del precetto, menano senz'altro alla interruzione, perchè provano in un modo visibile, chè chi ha il diritto vuole praticamente esercitarlo. Onde vi rientrano il pignoramento mobiliare, la espropriazione degli stabili, il sequestro giudiziario, il sequestro conservativo, la consegna del mobili, il rilascio degli immobili. Che se alcuno di tali atti, e nei casi permessi dalla legge, fosse fatto presso terzi, basterà che l'atto venga intimato alla persona a cui si vuole impedire il corso

Digitized by Google

Divisione e computazione del tempo nella usucapione e nella prescrizione.

§ 454. Per questo punto dobbiamo tornar col pensiero a quanto è detto per riguardo al tempo nella teoria generale degli obbietti di diritto a § 305.

Ivi si è distinta la divisione del tempo, dalla computazione di esso, e si è stabilito come principio—1. che la divisione va fatta civilmente o mobilmente secondochè si prenda a norma il calendario civile dal primo gennaio all'ultimo di dicembre, dal primo all'ultimo giorno del mese; ovvero quello fissato negli atti giuridici nella medesima estensione e denominazione de'periodi civili, ma con principio e fine mutevoli—2. che la computazione è fatta a giorni, cioè cominciando dalla mezza notte seguente a quella in cui l'atto giuridico seguì, e terminandosi alla mezza notte dell'ultimo giorno, purchè non si fosse trattato di fare un acquisto nel quale caso bastava che l'ultimo giorno fosse soltanto cominciato (1).

Codesta teoria generale deve ora essere specialmente applicata alla materia della usucapione e della prescrizione.

In quanto alla divisione del tempo il diritto romano calcolava i mesi e gli anni secondochè trovavansi nel Calendario civile, cosicchè in un periodo a mesi il febbraio avea giorni di meno, il gen-

---

della prescrizione, art. 2125, 2076, 1875, cod. civ. 593, 611, 662, 742, 745, 921 e 924 cod. proc. civ.

4. L'atto che costituisce in mora il debitore deve invitarlo a soddisfare alla sua obbligazione, e l'invito deve esser tale, che se questi non vi adempia, si abbia senz'altro a ritenerlo come costituito in mora, art. 2125 e 1223.

5. La chiamata o la presentazione volontaria per la conciliazione non è di sua natura un atto interruttivo, perchè la conciliazione tende a prevenire le liti. Ma può bene accadere che alcuno con parole di pacifico componimento tenga a bada chi è interessato ad interrompere la prescrizione e a tal modo impedisca chè questi vi provveda con una domanda giudiziale. Inoltre non e dubbio che per la conciliazione si à sempre una manifestazione di volere far sussistere il proprio diritto. Per lo che il Codice ritiene come valida alla interruzione la chiamata o la presentazione volontaria per la conciliazione sempre quando venga poi fatta fra due mesi la domanda giudiziale. In tal caso la interruzione ha un effetto retroattivo e risale al momento della tentata conciliazione, la quale si considera come fosse stata un mezzo per istituire il giudizio, art. 2125.

Vi è il sesto modo della ricognizione del diritto di quello contro cui la prescrizione era cominciata, ma fino ad un certo punto essa si confonde colla rinuncia, onde noi per amore di ordine ne parleremo di seguito a questa nel § 456.

(1) Teoria uniforme per Codice Civile con la sola differenza che l'ultimo giorno del termine deve esser compiuto fino alla mezza notte. Vegganai le note apposte al § 305.

Digitized by Google

naio ne avea di più, il marzo ne avea 31, l'aprile 30 ec. Del pari in un periodo ad anni si calcolavano tutti e dodici i mesi. Veggasi specialmente il Fr. 98 *de verborum significatione* 50. 16. (1).

Relativamente poi alla computazione per diritto romano si distingueva il giorno in cui la usucapione, o la prescrizione cominciava da quello in cui finiva. Pel giorno in cui cominciava era regola *dies a quo non computatur in termino*, cioè il giorno si calcolava dalla prossima mezza notte senza avere riguardo alcuno alla frazione di tempo che passava dal momento dell'atto giuridico fino alla mezza notte. *Dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur*. Fr. 8 *de feriis* 2. 12. (2). Pel giorno in cui finiva, valeva la regola —*dies incoeptus pro completo habetur*—per la prescrizione acquisitiva, e non si osservava più tale regola ma dovea compiersi tutto il giorno fino alla mezza notte per la prescrizione estintiva. La ragione era che, quando si faceva un acquisto si veniva in soccorso di un possessore di buona fede, onde il favore della legge; e che invece quando si era soltanto liberati mancavano i due elementi e della buona fede e del possesso, onde il maggior rigore (3).

Capacità a far valere la usucapione e la prescrizione, ed a rinunciarvi.

§ 455. Di regola non può far valere la usucapione o la prescrizione se non quegli in cui vantaggio son corse.

Ma è d'uopo esaminar le diverse pieghe che incontransi su questo punto.

E così, fino a qual momento la prescrizione si può opporre? potrebbero opporla i creditori interessati ad arricchire il patrimonio del loro debitore? potrebbe farla valere il giudice senza richiesta di parte?

(1) Il Codice Civile mantiene la regola romana per riguardo al periodo di anni, perciocchè la prescrizione di un anno oggi consta di dodici mesi, avente ciascuno di essi quel numero di giorni assegnatogli presso noi dal Calendario Gregoriano. Ma il Codice non segue la teoria romana per riguardo a'mesi, pei quali fissa il periodo di trenta giorni indistintamente, per lo che debbono esser decorsi tante volte trenta giorni quanto è il numero de'mesi determinato dalla legge per la prescrizione, art. 2133.

(2) Teoria uniforme, art. 2133.

(3) Era questa una disposizione più sottile che fondata sulla ragione. L'antico proprietario, contro il quale si prescrive un fondo, non è meno degno di favore del creditore contro cui si prescrive il debito. Era più semplice e più giusto decidere che la prescrizione non è in alcun caso acquistata se non quando l'ultimo giorno del termine è spirato, cioè fino a quando non sia passata la mezza notte dell'ultimo giorno art. 2134.

Digitized by Google

Alla prima domanda è facile la risposta, perciocchè essendo il merito del litigio perentoriamente attaccato da un mezzo così grave, *objicere quandoque licet priusquam sententia feratur* L. 8 Cod. *de exceptionibus seu praescriptionibus* 8. 36, cioè si può opporre in qualunque stato e grado della causa ed anche in appello (1).

Del pari è facile la risposta al secondo punto. La usucapione e la prescrizione costituiscono un emolumento per quello a cui vantaggio son corse, arricchiscono sempre con l'acquisto, e non rendono più povera la persona con la liberazione, onde debbono giovare a chi é interessato a mantener floride le sostanze di chi à avuto un vantaggio somigliante, per lo che chi à tale interesse può farla valere in luogo del debitore che si tacesse. Fr. 19 *de exceptionibus* 44. 1. È nobile il disinteresse, ed è anche bello vedere che alcuno non si avvalga di un mezzo odioso e che provviene dal decorrimento del tempo, ma ciò è fino a quando non si rechi pregiudizio a'diritti de'terzi (2).

In quanto all'ultimo punto bisogna per poco soffermarsi e ricordare che pel Diritto Romano le azioni si distinguevano in perpetue e temporanee, e che le une duravano per sempre perchè derivavano dalla legge, la quale di sua natura è perpetua e le altre provenienti dall'Editto del pretore duravano ordinariamente un anno, essendo annale l'ufficio di quel Magistrato — (Veggasi § 434). Or le azioni temporali finivano di pieno dritto pel solo decorrimento del tempo assegnato, per la ragione che l'azione data *intra certum tempus* non poteva concedersi *ultra id tempus*, onde voleva di ufficio la prescrizione, perchè si mancava di azione. Quanto poi alle azioni perpetue era necessario che la parte opponesse la prescrizione, ossia l'eccezione *diuturni silentii*, perchè la prescrizione non ispegneva *ipso jure* le azioni perpetue, e se le costituzioni imperiali le avevano limitate a trenta anni, ciò era stato per motivi di equità che avevano consigliato di imitare la condotta del pretore.

La pratica del foro dopo i tempi Romani era varia, ma prevaleva quella per la quale il giudice non potesse di ufficio, e senza la eccezione della parte, applicare la prescrizione. Le ragioni furono treplici. La prima fu che era scomparso l'antagonismo di dritto Romano tra le azioni provenienti dalla legge e quelle provenienti dalla giurisdizione onoraria — La seconda fu che il giudice deve giudicare *juxta alligata et probata* e non è lecito a lui di uscire fuori dei fatti

(1) Teoria uniforme, art. 2110.
(2) Teoria, uniforme, art. 2112.

Digitized by Google

alligati. La terza fu che la prescrizione è cosa cne attacca la coscienza, e che ripugna sovente alla delicatezza (1).

§ 456. Esaminatasi così la capacità per far valere la prescrizione, dobbiamo passare alla capacità per rinunciarvi.

È regola che si può rinunciare alla usucapione e alla prescrizione, ma soltanto da chi abbia la facoltà di alienare, e nel solo caso che la usucapione o la prescrizione sian compiute. Si può rinunciarvi, perchè sebbene vi sia complicato l'interesse pubblico, pure questo resta soddisfatto quando il diritto è entrato nel patrimonio di alcuno, il quale perciò può come per ogni altro diritto patrimoniale farne rinuncia: *regula est juris antiqui, omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renunciare.* L. 29 Cod. *de pactis* 1. 3. Chi rinunzia deve avere la facoltà di alienare, perchè la rinunzia in questa materia equivale ad un alienazione di un diritto certo e che costituisce sempre un emolumento positivo Fr. 28 *de verborum significatione* 50. 16. Deve poi esser compiuta la usucapione, o la prescrizione che sia, perciocchè se si ammettesse la rinuncia quando il corso non sia compiuto, si urterebbe in una legge che muove da ragioni d'interesse pubblico, e d'altro canto senza tale divieto le rinunzie diverrebbero di uso, e l'istituto di diritto perderebbe ogni efficacia (2).

Ma si avverta bene che la rinuncia può essere espressa e tacita. È espressa quando risulta da una dichiarazione esplicita: è tacita quando un atto o fatto venga a dimostrare con certezza e mediante il principio logico di contradizione che chi ha in suo vantaggio il diritto alla usucapione o alla prescrizione intende non volerne profittare. così se alcuno paga anche parzialmente un debito prescritto, rinunzia tacitamente alla prescrizione onde l'assioma—*minima agnatione debiti tollitur praescriptio.* Così del pari chi paga gli arretrati di una rendita già prescritta, la fa rivivere; chi dà, per un debito una cauzione o chi consente ad una compensazione o ad una novazione, rinuncia tacitamente alla prescrizione—Sono tutti fatti codesti ne'quali l'atto di volontà è affermativo per la esistenza del diritto, e perciò inconciliabile con un atto del tutto opposito e negativo per veder caduto il diritto medesimo (3).

---

(1) Il Codice Civile si è attenuto a codesto sistema posteriore al Romano e perciò il Giudice non può supplire d'uffizio alla prescrizione non opposta, articolo 2109. Codesto divieto però va limitato alle sole materie civili, perchè per converso la prescrizione dell'azione penale muovendo da sole ragioni di ordine pubblico va rilevata d'ufficio (Nicolini proc. pen. parte 1, § 853. Faustin Helie proc. pen. § 203).

(2) Teoria uniforme, art. 2107, e 2108.

(3) Teoria uniforme, art. 2111.

Digitized by Google

Alla rinunzia è affine la ricognizione che il possessore o il debitore facciano del diritto del loro avversario, e l'unica differenza sta in ciò che la rinuncia à luogo quando la usucapione o la prescrizione sono già compiute, e la ricognizione quando esse sono in corso, per lo che accade che la rinunzia fa svanire la usucapione o la prescrizione cui si è già acquistato diritto, e la ricognizione à soltanto la forza d'interromperle. L'affinità tra la rinunzia e la ricognizione mena all'effetto che quest'ultima può anche essere espressa e tacita, e che è applicabile per la ricognizione ciò che ora abbiamo detto per la rinuncia. Gl'interpetri del Diritto Romano lo avvertono discorrendo della L. 7. Cod. *de praescriptione XXX nel XL annorum* 7. 39 (1).

(1) Teoria uniforme, art 2129.

Digitized by Google

SERVITÙ

§ 457. La proprietà, cioè la *plena in re potestas*, puó venir modificata, assoggettando qualcuno de' suoi elementi a vantaggio altrui.

Gli elementi della proprietà sono *usus, fructus, abusus* (§ 365), e ciascuno di questi può esser più o meno toccato per dare ad altri una qualche utilità.

Or quando ciò accada, si ha una servitù, perchè da un canto la proprietà è sottoposta al servizio altrui: e dall' altro la libertà del proprietario vien ristretta.

In generale tutti i diritti reali possono considersi quali servitù, perchè in tutti si riscontra una limitazione alla libertà del proprietario. Ma il nome di servitù è riservato nel linguaggio tecnico della scienza soltanto a quel particolare istituto per lo quale il proprietario di una cosa deve soffrire o non fare il vantaggio di una persona o di una cosa individualmente ed invariabilmente determinata, sicchè il subbietto del diritto ha la facoltà di usare in un modo più o meno llmitato della cosa medesima, quando il proprietario di questa deve soffrire (1).

Sempre però resta fermo che allora può esistere servitù propriamente detta quando alcuno degli elementi della proprietà venga modificato. — Così, ad esempio, è limitato l'elemento dell'*usus* quando l'uso non è più esclusivamente libero al proprietario per un passaggio dovuto ad altri. — Lo è l'elemento del *fructus* quando il proprietario non ha più in tutto o in parte i frutti della cosa per un certo tempo. — Lo è l'*abusus* per tutte le servitù, non potendo il proprietario distruggere la cosa quando è obbligato per essa a non fare o a soffrire.

Se alcuno degli elementi della proprietà è modificato per la utilità di un fondo, si ha la servitù prediale; se invece lo è per la utilità di una persona, si ha la servitù personale.

Le servitù personali sono principalmente costituite dall'usufrutto, dall'uso, e dell'abitazione, essendo esse le più frequenti, ma possono esservene molte altre, come dimostreremo a proprio luogo.

La massima delle servitù è l'usufrutto, perchè raccoglie la som-

(1) La idea qui esposta, e che appare alquanto oscura, si chiarisce con quel che ora si dirà a proposito della definizione della servitù — Veggansi Mayns Droit Romain, al § 210 vol. 1; Serafini, *Istituzioni*, vol. 1. § 78; Romagnosi. *Condotta delle acque*, § 1132; edizione de Giorgi.

Digitized by Google

ma di tutti gli usi, e delle facoltà accessorie de' proprietarii, tranne quella di alienare od alterare il corpo del bene che si gode.

L'uso e l'abitazione costituiscono una servitù di minore estensione, perchè in essi raccolgonsi i godimenti puramente personali, e soltanto a misura dei bisogni.

La minima delle servitù è quella che ha il nome di servitù, perchè va alla fin fine a ridursi alla destinazione di una data parte di un fondo a favore di un altro fondo, ovvero di una persona.

A tal modo dal tutto complessivo rappresentato dalla servitù di usufrutto, si giunge fino alla semplice destinazione. Ma tutte le servitù si riuniscono in una unità comune qual'è la ferita che si dà ad uno degli elementi della proprietà, e tutte hanno un doppio carattere, l'uno subbiettivo e consistente nel diritto reale che à colui il quale gode della servitù, e l'altro obbiettivo per la utilità che la cosa soggetta a servitù deve arrecare ad una persona o ad un fondo altrui.

§ 458. Le servitù, considerate sotto l'aspetto de' diritti e de' doveri, costituiscono un diritto oppure un dovere, secondochè si guardi al subbietto attivo o al passivo. Se all'attivo, si troverà che è un diritto. — Se al passivo si vedrà che è un dovere perchè il proprietario servente deve soffrire alcun che, o non farlo, nella cosa propria pel bene di una persona o di un fondo al rui. — Codesta è la ragione per la quale i Giureconsulti chiamano la servitù ora diritto, ed ora diminuzione di diritto, cioè peso, dovere, essendo i doveri ed i diritti, come ognun sa, termini correlativi.

Più propriamente però la servitù va designata come un dovere, un peso per la ragione che la parola diritto nel suo significato relativo non si può prendere che in un senso attivo, mentre la servitù annunzia di per se qualche cosa di passivo (1). E riscontrando attentamente i testi ne' quali i Giureconsulti Romani han chiamato diritto o dovere la servitù, si vede che àn parlato di diritto per accennare alle facoltà del subbietto attivo delle servitù, e che nelle servitù essi fanno risaltare precipuamente il dovere cioè la diminuzione del proprio diritto domenicale, la perdita di una frazione del dominio. Veggasi specialmente il fr. 5. § 9. *de operis novi nunciatione* 39. 1.

Onde la definizione volgare che si dà della servitù in genere, e che abbraccia la prediale e la personale è — *Jus in re aliena constitutum quo dominus in re sua aliquid pati vel non facere tenetur in alterius, personae reive utilitatem.*

---

(1) Romagnosi, *Condotta delle acque* § 511 a 514. Motivi del codice civile francese — *Rapporto sulle servitù*, vol. 2, pag. 385 edizione di Napoli. — Il Codice civile italiano è uniforme a tale idea — Veggasi art. 531.

Digitized by Google

Codesto definizione è presso a poco uniforme in tutti gli scrittori, è poggiata a' Fr. 15 § 1 *de servitutibus*, 8. 1. e fr. 6, § 2, *si servitus vindicetur* 8. 5, e racchiude gli elementi proprii delle servitù, cioè l'obbligo che à il proprietario della cosa servente di soffrire o di non fare, ed i due caratteri che debbono riscontrarsi in tutte le servitù, vale a dire che la servitù è un diritto reale, e che deve arrecare utilità.

Ciò non ostante qualche dotto Professore combatte vivamente tale definizione, sostenendo che contiene parole superflue e che nulla dice che valga a distinguere la servitù dagli altri *jura in re aliena*, mentre invece il carattere differenziale delle servitù sta nell'uso più o meno limitato della cosa altrui, uso che si riscontra soltanto nelle servitù, e non negli altri diritti reali—Ond'egli dà l'altra seguente definizione— *Un diritto reale sulla cosa altrui costituito, a vantaggio esclusivo di una determinata persona o di un determinato fondo, e consistente nell'uso vario, a seconda de'casi, della cosa medesima.*

Con tutto il rispetto, che va dovuto ad uno de'più illustri scrittori viventi, non sapremmo adattarci alla sua idea, perciocchè da una parte non è vero che il soffrire e il non fare si adattino a tutti i diritti reali, e d'altra parte nè anche è vero che l'uso della cosa altrui si manifesti in tutte le servitù e nelle sole servitù. Invece si trova che tanto il soffrire e il non fare, quanto l'uso della cosa altrui si incontrano in altri diritti reali. È la familiarità che passa tra i diritti reali diversi che rende comune or l'uno or l'altro carattere, ma fra i caratteri, che predominano nelle servitù, spicca principalmente quello del soffrire o del non fare.

Di vero : il carattere del soffrire e del non fare, che si vuole dir comune a tutti i diritti reali, non si ha nella ipoteca, e molto meno ne'privilegii. Tanto i privilegii quanto le ipoteche non sono altro che causa di prelazione, cioè di preferenza del creditore privilegiato o ipoterario ad esser pagato. Or certamente il debitore che hia la cosa data in ipoteca, o la cosa sulla quale il creditore ha il dritto di privilegio, non soffre, nè ha obbligo di non fare. Che se il debitore ha il dovere di soffrire la vendita della cosa sopra cui sta il privilegio o l' ipoteca, codesto dovere è comune a tutti gli altri debitori e per le loro cose anche non sottoposte ad ipoteche o a privilegio. È una sofferenza comune a'debitori tutti che non pagano, e l'ipoteca o il privilegio danno il solo vantaggio di far preferire nel pagamento i creditori privilegiati o ipotecarii agli altri che tali non sieno, ovvero sieno in sott'ordine.

D' altra parte il soffrire ó il non fare è carattere comune a tutte le servitù, non essendovene assolutamente alcuna che esca da queste due limitazioni.

Digitized by Google

L'uso poi, così vagheggiato come distintivo delle servitù, si trova sempre nelle servitù affermative, ma non si trova mai nelle servitù negative. È questa una idea chiara di per sè, e che ha l'autorità del Romagnosi, autorità imponente, specialmente nella materia delle servitù (condotta delle acque § 1132). In effetti nelle servitù negative, cioè in quelle che consistono nel non fare, come per esempio nella servitù *altius non tollendi*, non si sa quale uso possa mai fare il proprietario del fondo dominante. Questi potrà per la limitazione imposta al proprietario del fondo servente avere un'amena veduta, godere un ristoro di raggi solari, ma in tal caso vi sarà sola utilità senza uso, perchè il limite nella libertà di alzare le fabbriche arreca bensì utilità, ma non è capace di uso.

Ond'è che il carattere che risalta è quello del non fare per la utilità del fondo altrui, e non spicca punto il carattere dell'uso il quale assolutamente manca.

Per secoli si è avuta quella definizione poggiata a testi solenni del corpo del diritto, quali sono il Fr. 15 § 1 *de servitutibus* 8. 1, e il Fr. 6 § 2 *si servitus vindicetur* 8. 5, la natura e la essenza delle servitù oggi non è cambiata ed è quella stessa tramandàtaci da'nostri sapienti maggiori, e noi non sapremmo affatto discostarcene (1).

§ 459. La teoria delle servitù va naturalmente divisa in servitù prediale e servitù personale. Dal momento che la servitù esiste quando è toccato uno degli elementi della proprietà pel vantaggio della proprietà o della persona altrui, è evidente che bisogna considerare in modo distinto l'una parte dall'altra. L'una e l'altra poi vanno riunite per rapporto alle azioni.

Onde parleremo prima delle servitù prediali, cui farà seguito la teoria speciale relativa alla servitù delle acque, poi delle servitù personali, e da ultimo delle azioni (2).

---

(1) Il Codice Civile Italiano riconosce codesti principii perchè ritiene la distinzione delle servitù in affermative, le quali consistono nel soffrire, e in negative che consistono nel non fare, Art. 631. È vero che l'art. 531 parla di uso, ma si avverta che in tale articolo l'uso è congiunto all'*utilità*. Tutte le servitù debbono essere utili, altrimenti non avrebbero ragione di esistenza, come vedremo a proprio luogo, ma non tutte danno l' uso al proprietario del fondo dominante. L'uso comprende in sè l'utilità, e sarebbe stato ozioso parlare nell'art. 531 di *utilità*, se non vi fossero casi ne'quali vi è utilità senza uso.

(2) Il Codice Civile Italiano, seguendo il Codice Francese, non chiama *servitù personali* l'usufrutto, l'uso e l'abitazione, ele altre servitù per le quali un fondo serve alla persona. Questo sistema non muove soltanto come alcuno vorrebbe dall'avversione che durante la rivoluzione francese si avea d'ogni maniera di soggezione dell'uomo all'uomo, e di vincoli feudali sulle private proprietà, e di tutto ciò che potesse ricordare anche col solo nome quelle odiose istituzioni. Invece il sistema muove eziandio e principalmente dalla maggior semplicità che

Digitized by Google

SERVITÙ PREDIALI

§ 460. La teoria delle servitù prediali si presenta negli antichi e nei nuovi codici con un nome ed in un aspetto odioso. Il nome suona dipendenza di un fondo e predominio di un altro. Gli effetti si riducono alla diminuzione degli elementi di dominio di uno stabile pel vantaggio di un altro stabile.

Ma ogni sentimento di disgusto e di ripugnanza svanisce, tostochè se ne vegga il principio informatore e si sappia che la teoria delle servitù prediali maggiormente si estende e si svuluppa, dove è più progredita la società civile, e per converso si restringe e si pone in angusti limiti colà dove il progresso e la civiltà fanno difetto.

L'uomo non è nato che per la società, e nella società si vive non altrimenti che con mutui rapporti di uffici e di temperamenti. Non si può il dominio riguardare isolatamente come fondato sui bisogni dell'individuo singolare, ma deve per converso valutarsi coi rapporti composti della civile convivenza.

Come poter ottenere la maggiore utilità comune e la maggiore libertà tra proprietari contigui o vicini senza un ricambio di ufficii, senza un temperamento che valga a soddisfare ai bisogni individuali e collettivi? In natura tutto vive, dura e prospera soltanto per via di temperati poteri. Onde le servitù in realtà non sono altro che uffici scambievoli di una positiva utilità.

Codesto principio filosofico informa la teoria delle servitù prediali, le quali vedute con tali basi non solo perdono ogni aspetto odioso, ma risplendono come la parte più bella di qualunque Codice, perchè rivelano il grado di civiltà nazionale e di prosperità fondiaria.

Che se oltre al principio informatore delle servitù prediali si voglia con altro concetto filosofico veder la natura speciale di esse, si troverà che tali servitù non sono altro che qualità de'fondi. Se si guardi al fondo che le gode, vi si troverà una qualità aggiunta in esso, come ad esempio la fecondità di un terreno per una presa di acqua,

---

presenta ed è fondato sulle differenze essenziali che intercedono tra le servitù prediali, e i diritti di usufrutto ecc. La principale delle quali differenze è che codesti diritti di usufrutto ecc. sono esercitati a vantaggio esclusivo della persona, mentre le servitù prediali sono costituite a favore del fondo e quasi a suo complemento e miglioramento affinchè al di fuori de'suoi confini possa giovarsi degli elementi che occorrono a fare più pieno e più proficuo il diritto di proprietà del padrone del fondo dominante.—Veggasi Romagnosi, *Condotta delle acque* § 1132.

l'amenità di una casa pel diritto di veduta. Se si guardi poi al fondo che serve, vi si troverà del pari una qualità di dipendenza e di soggezione, come per esempio il passaggio che deve prestare agli uomini o alle acque, la caduta dello stillicidio e simili. Ecco perchè il Gioreconsulto Celso seguendo la scuola stoica dice che la servitù è una qualità. Fr. 86 *de verborum significatione* 50. 16.

Onde il Merillo (Inst. Lib. 2. Tit. 3.) definisce la servitù prediale a questo modo. *Qualitates praediorum quibus jus unius fundi augetur et alterius fundi jus minuitur*. Vale a dire la servitù prediale consiste nella qualità attribuita a due fondi, e per la quale uno di essi risente un peso che torna a vantaggio dell'altro.

O in altri termini la servitù prediale si ha soltanto allora che restino diminuiti gli elementi del dominio di uno stabile pel vantaggio di un altro stabile, cioè soltanto allora che vi è una restrizione di dritti domenicali di un fondo pel vantaggio di un altro fondo. Così, il proprietario di un fondo ha la facoltà principale di disporre del valor capitale e del prodotto, ma ha altresì la facoltà di edificare, di piantare, di vietare l' ingresso. Or se egli si obblighi per dare una grata veduta a un palazzo vicino di non edificare e di non piantare, e se dà l'uscita al palazzo altrui pel suo fondo nel fine di far accorciar cammino alla strada pubblica, costituisce servitù in vantaggio del palazzo. Codesto è il concetto vero della servitù, siccome viene precisato da Ulpiano nel Fr. 5 § 9 *de operis novi nunciatione* 39. 1.

Tale concetto deve rimaner fortemente impresso, altrimenti si resta smarriti in questa difficile teoria. Bisogna intender bene che tutte le servitù prediali di qualunque natura esse siano, e con qualunque rapporto si vogliano considerare, importano sempre una diminuzione di dritti domenicali nel fondo servente pel vantaggio del fondo dominante, e che se non vi è codesta diminuzione da una parte e vantaggio dall'altra non esiste servitù. Vale a dire il dominio del fondo servente deve restar modificato con una diminuzione che torni a vantaggio dell'altro. Il fondo che resta modificato e che soffre la diminuzione si chiama *servente*: il fondo che riceve il vantaggio si chiama *dominante*.

Or la servitù esiste o per utilità pubblica o per utilità privata. Sempre un fondo deve servire all'altro fondo, ma o un fondo serve all'altro fondo per interesse pubblico o per interesse privato.

La servitù per utilità pubblica è sempre legale, val dire è sempre imposta dalla legge, come le servitù per costruzione o riparazione delle strade pubbliche e per le distanze delle opere pubbliche nelle costruzioni o piantagioni private. Con tali servitù si provvede al solo pubblico interesse, il quale costituisce il fine di tali servitù, l'obbiettivo di esse.

Digitized by Google

La servitù per utilità privata è naturale, legale o per fatto del l'uomo (1).

Naturale quando l'un fondo deve servire all'altro per necessità di natura, come accade per lo scolo delle acque dal terreno superiore a quello inferiore, di che parleremo nelle servitù delle acque.

Legale quando un fondo deve servire all'altro per disposizione di legge nel fine di provvedere all'interesse privato, come il passaggio forzoso per arrivare ad un fondo circondato da ogni parte da fondi altrui.

Per fatto dell'uomo quando un fondo deve servire all'altro per forza di contratto, di testamento o di prescrizione.

Con tali servitù si provvede sul solo interesse privato.

Ma quale è il principio direttivo per le servitù stabilite per pubblica utilità, e qual'è quello per le servitù di utilità privata?

Per le prime il principio è che il dominio del fondo servente perde di qualche suo elemento per riguardo al fondo dominante e lo perde per la prevalenza che ha l'interesse pubblico sul privato.

Per le seconde, cioè per le servitù prediali stabilite per utilità privata, il principio è che il dominio del fondo servente perde di qualche suo elemento per aumentare il valore economico del fondo dominante. Tutte le servitù private secondo la loro maggiore o minore ampiezza aumentano per gradi il valore del fondo dominante e per gradi diminuiscono il valore del fondo servente.

Comodo maggiore da una parte, incomodo da un'altra, ecco il vantaggio o il danno che aumenta o diminuisce il valore rispettivo dei fondi dominante e servente.

La perdita poi di qualche elemento di dominio così nelle servitù per utilità pubblica come nelle servitù per utilità privata consiste principalmente nel *pati* o *non facere*, cioè nel soffrire o nel non fare qualche cosa.

§ 461. Vedutasi la vera natura delle servitù così pubbliche come private, conviene avvertire bene che tanto per le une come per le altre v'hanno discipline imposte dalla legge alla proprietà privata per interesse pubblico o per interesse privato; cioè vi hanno limitazioni e regole che vengono ad ordinare la proprietà privata pel bene pubblico o privato, a frenare l'arbitrio dispotico che ha il proprietario sulle sue cose (2).

(1) La teoria del Codice civile è uniforme e soltanto il codice fa una sola classe delle servitù naturali e legali, Art. 531 e 535.

(2) La teoria è uniforme nel Codice civile per queste limitazioni o discipline chiamate impropriamente dal codice servitù legali, art. 546 a 591.—Ciò è tanto vero per quanto esiste servitù allora che si pattuisca il contrario di ciò che

Digitized by Google

In cosiffatte discipline o limitazioni, come voglian chiamarsi, non si riscontrano i caratteri costitutivi della servitù, perchè non vi è un fondo che serve al vantaggio dell'altro fondo.

Tali discipline o limitazioni sono dettate per interesse pubblico, quando si provvede alla salubrità, alla bellezza ed alla sicurezza delle città e dei cittadini. Le leggi edilizie, igieniche, di sicurezza pubblica, le quali diano disposizioni relative alla proprietà privata, come per la simmetria delle abitazioni, per le cloache, pei sepolcri ecc. rientrano in questa categoria.

Le medesime discipline o limitazioni sono dettate per interesse privato, quando la legge, serbando tra privati una perfetta eguaglianza (la quale esclude sempre la servitù), regola le relazioni dei possessori dei fondi contigui in modo da combinare col loro massimo vantaggio il loro minore incomodo. E tali sono le disposizioni relative ai muri, edifizi e fossi comuni, alle distanze ed opere intermedie in alcune costruzioni, scavamenti e piantagioni, alla luce ed al prospetto, ed allo stillicidio.

§ 462. Dopo tutto ciò apparisce manifesto l'ordine col quale dobbiamo esporre questa teoria.

Innanzi tutto preciseremo i principii generali comuni ad ogni specie di servitù che vengono a mettere capo a' principii regolatori innanzi dichiarati. — Parleremo poi delle servitù stabilite dalla legge per utilità pubblica, e delle servitù che per utilità privata sono stabilite dalla legge e dal fatto dell' uomo. — Quindi terremo discorso delle discipline o limitazioni imposte alla proprietà privata nell'interesse pubblico o nell'interesse privato.

PRINCIPII GENERALI COMUNI A TUTTE LE SERVITU'

§ 463. 1.° *Nulla servitus principaliter in faciendo, sed in patiendo vel in non faciendo consistit.* — Non vi è servitù la quale principalmente consista nel fare, ma la servitù deve principalmente consistere nel non fare o nel soffrire. — Così non sarebbe servitù quella per la quale alcuno obbligasse sè e i suoi eredi di trasportare perpetuamente l'acqua con secchi, o altri recipienti dalla sua fontana alla cisterna altrui, perciocchè sebbene l' un fondo servirebbe all' altro fondo, pure principalmente sarebbe obbligato l'uomo al trasporto.

è stabilito nella Legge. Così per esempio è stabilito dal codice che non si possono aprire finestre se non ad una determinata distanza, art. 587, 588, che lo stillicidio deve cadere sul suolo proprio o sul suolo pubblico, art. 591. — Ma se si pattuisca di aprire luci a distanza più breve, o di far cadere lo stillicidio sul suolo privato del vicino, si avranno le servitù *luminis* e *stillicidii*, art. 646.

Digitized by Google

Il carattere ordinario della servitù prediale è quello di dovere il padrone del fondo servente soffrire, o non fare qualche cosa, non già di dover fare.

Ma sebbene codesto sia l'aspetto sotto cui ordinariamente le servitù si presentano, pure deve riconoscersi che, per la natura stessa delle cose, il proprietario del fondo servente può assumersi il carico di fare le opere necessarie all' uso ed alla conservazione della servitù. — Vale a dire l'obbligo principale del proprietario del fondo servente deve esser quello di soffrire, o di non fare, ma come conseguenza di tale obbligo puó egli obbligarsi a fare. Così, costituitasi una servitù di presa d'acqua, può il padrone del fondo servente obbligarsi di conservare nel suo canale il capo dell'acqua. Così del pari, se il fondo dominante che debba ricevere acqua, si trovi a livello superiore del fondo servente, dove sta l'acqua, e questa vi debba andare per mezzo di canale, nel quale l'impulso venga fatto alla bocca, può il concedente obbligarsi a mantenere l'impellente dell'acqua nel modo necessario al deflusso sull'altro fondo.

In tali e somiglianti casi, senza l'obbligo di fare non potrebbe per la natura stessa delle cose esistere servitù. — Resti dunque fermo e fisso che il proprietario del fondo servente deve principalmente non fare o soffrire, ma può, per conseguenza della servitù costituita, obbligarsi anche a far qualche cosa. — Così il padrone del fondo sopra cui passa un canale, che conduce acqua di altrui spettanza, può obbligarsi a purgarlo e mantenerlo in buono stato.

Or se mai si è costituita una servitù per la quale vi sia un conseguente carico di far qualche cosa da parte del padrone del fondo servente, tale carico costituisce un peso reale gravitante sul fondo, e passa col fondo anche ai successori particolari di quello, perchè ha lo scopo di conservare il fondo medesimo allo stato di servente a cui è ridotto.

Se non che il padrone del fondo servente, che vi si fosse obbligato, ha sempre la facoltà di liberarsi da tale carico abbandonando il fondo servente al proprietario del fondo dominante (1).

2° *Res sua nemini servit.* — Il proprietario ha una *plena in re potestas* sulla sua cosa, e perciò ha, qual conseguenza del suo dominio, tutt'i diritti frazionarii che lo compongono.

La servitù non è che un diritto frazionario del dominio altrui (2).

3° *Servitus servitutis esse non potest*, cioè una servitù non può essere obbietto di altra servitù. La servitù può imporsi sopra una

(1) La teoria pel Codice civile è identica, art. 643, 649, 676.

(2) Teoria uniforme art. 531.

Digitized by Google

cosa corporale, essendo un diritto frazionario del dominio, e se mai formasse obbietto di un' altra servitù verrebbe imposta sopra una cosa incorporale, cioè sopra un diritto.

Dippiù per imporre una servitù bisogna esser proprietario; e tale non è chi gode la servitù ed a cui è vietato di imporne un'altra su quella che gode (1). Così se io ho il diritto di servitù di passaggio col carro, non potrei concedere ad altri il passaggio a piedi.

4° *Quoiies nec hominum, nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet.* — La servitù prediale deve procacciare un'utilità vera e reale al fondo dominante, cioè deve aumentare il valore economico del fondo dominante, e scemare il valore economico del fondo servente. Sempre il vantaggio dev'essere rivolto al fondo dominante, ma può consistere anche nell' uso e nel comodo di chi ha lo stabile, come per esempio la condotta d'acqua in una casa per lavare i panni, per adoperarla nella cucina, ecc.

Può consistere anche nell' amenità ma in un' amenità utile e che faccia aumentare il valore economico del fondo dominante, come sarebbe per esempio la servitù *altius non tollendi* per avere il prospetto al mare. Non varrebbe perciò una servitù nella quale si stabilisse *ne per fundum tuum eas aut ibi consistas.*

In quanto poi alle servitù personali basta il solo piacere di colui che gode la servitù per la ragione che il fondo in tal caso non serve al fondo, ma serve alla persona. — Così può alcuno pattuire che durante la sua vita, gli possa esser lecito di passeggiare nel giardino altrui (2).

5° *Servitutes sunt individuae, nisi vel mensura vel temporibus dividi possunt.* — Le servitù sono indivisibili, ma sono divisibili per riguardo alle modalità di misura e di tempo—Così la servitù di passaggio è indivisibile, ma è divisibile il modo perchè può esservi una servitù di passaggio a piedi, a cavallo, e col carretto. Così la servitù di presa d'acqua è indivisibile, ma può esservi servitù di prendere quant' acqua si vuole, o 1000 litri al giorno, ovvero 500 nel giorno e 500 nella notte (3).

6° *Servitutes non praesumuntur.* — Le servitù non si presumono mai, ma debbono essere provate, perchè sono contrarie all' indole del dominio (4).

7° *Servitutis causa debet esse perpetua.* — Qui la parola *causa* deve

(1) Teoria uniforme, art. 531.
(2) Per Codice civile la teoria è uniforme, arg. art. 531, 616.
(3) Teoria uniforme, arg. art. 531, 668, 670, 671, 672, 644, 1206.
(4) Teoria uniforme, arg. art. 1354, 531, 629, 630.

Digitized by Google

esser presa nel senso filosofico, cioè di un essere il quale con la sua forza produce un'azione.

Per lo che questo principio indica che la base di esistenza della servitù deve esser naturale e non conseguenza del prodotto dell'opera dell'uomo; cioè che l'utilità al fondo dominante provvenga dal fondo servente, non dall'opera del padrone di questo: altrimenti si avrebbe una prestazione di opera. Così non sarebbe servitù la presa d'acqua da una cisterna che dovesse riempirsi a mano e non con acqua piovana (1).

8° *In omnibus servitutibus vicinitas, non contiguitas tamen semper requiritur.* — La servitù prediale richiede contiguità, o almeno vicinanza di fondi; altrimenti non è possibile che l'uno arrechi utile all'altro (2).

9° *Servitus inhaeret fundo, qualitasque praedii est.*—La servitù prediale è inerente ai fondi e perciò non può essere alienata, pignorata, locata senza i fondi medesimi, nè trasportata da un fondo all'altro (3).

SERVITÙ STABILITE DALLA LEGGE PER UTILITA' PUBBLICA.

§ 464. La servitù è imposta dalla legge per utilità pubblica quando ha per obbiettivo uno scopo di pubblica utilità, e ri riferisce principalmente a' fiumi ed alle strade (4).

Per quanto si attiene a' fiumi si terrà discorso nella servitù delle acque.

Riguardo poi alle strade è a conoscere innanzi tutto che in esse rientrano le piazze, le quali non sono che strade ampliate.

Or le strade sono pubbliche o private, secondochè sono destinate al pubblico uso e son fatte sopra suolo pubblico, ovvero son destinate all'uso privato e fatte sopra suolo privato. Le pubbliche per diritto romano si distinguevano in militari, consolari e pretorie: le prime erano fatte per ragione strategica, le seconde per ragione commerciale, e le ultime per comodità delle città; e prendevano il nome de' loro autori, come la via Appia, la via Emilia ec. (5).

(1) Teoria uniforme, art. 531.

(2) Teoria nniforme, art. 531.

(3) Teoria uniforme, art. 531.

(4) Il Codice civile in quanto alle servitù stabilite per pubblica utilità si rimette alle leggi e a' regolamenti speciali, art. 534.

(5) Oggi le strade si distinguono in pubbliche e private, e le pubbliche in nazionali, provinciali e comunali, art. 9 legge de' lavori pubblici del 20 marzo 1865.

Digitized by Google

Vi erano poi le strade vicinali, le quali sono quelle che vengono fatte da' terreni uniti de' privati (*ex agris privatorum collatis*), ed esse possono rientrare e tra le strade pubbliche o tra le strade private, secondochè vi sia o non vi sia una servitù di uso pubblico, la quale servitù si ritiene quante volte sia certo tale uso, e non si abbia memoria della costruzione delle strade medesime (1).

Per le strade pubbliche vi son due principii. Il primo è che non possono entrare nel possesso privato di alcuno, e debbono dare libero passaggio a tutti. Il secondo è che d'ordinario si trova corrispondente un qualche peso per chi più risente vantaggio delle strade. Per diritto romano il peso era alquanto grave, perchè i frontisti aveano obbligo di tenerla in buono stato, di ripararla, e talvolta anche di costruirla (2).

SERVITU' STABILITE PER UTILITA' PRIVATA.

§ 465. Come abbiamo detto innanzi, le servitù per utilità privata sono quelle che ànno per obbiettivo cosiffatta utilità: esse sono stabilite o dalla legge o dal fatto dell'uomo.

Esaminiamole partitamente.

Servitù di utilità privata stabilite per legge (3).

§ 466. La servitù è imposta dalla legge per utilità privata quando ha per obbiettivo il passaggio necessario per uno scopo di privata

---

(1) Teoria uniforme, art. 9 e 19 detta legge.

(2) Per legge de' Lavori pubblici il peso imposto a' frontisti è più lieve, e così vi è per la riparazione alle ripe de' fondi laterali, a' muri e simili sostegni che servono a difendere e sostenere i fondi, e per la riparazione e conservazione delle intere strade vicinali, le quali sono a tutto carico di coloro che ne fanno uso per recarsi alle loro proprietà, quando per diritto o consuetudine il carico non ricada sopra determinate proprietà o persone, art. 36, 51, 55, 60 detta legge.

(3) Il Codice civile tratta delle servitù stabilite per utilità privata negli art. 592 a 615. Tali servitù si riducono anche oggi al *passaggio necessario* per uno scopo di privata utilità, ma il Cod. civ. ha posto tra esse il passaggio forzoso non solo per gli uomini, ma anche per le acque, nel provvido fine di soccorrere alle necessità della vita ed agli usi agrarî ed industriali, art. 598 a 615. Oggi non è riconosciuto il passaggio forzoso pe' sepolcri, perchè se essi sono pubblici, deve esservi una via pubblica che vi conduce: se sono privati, rientrano tra beni privati, e non tra le cose divine, e perciò sono commerciabili. Laonde manca oggi la ragione, per la quale in Diritto Romano era costituita la servitù di passaggio pei sepolcri, e non esiste tale servitù nel Codice. Per il passaggio forzoso delle acque, si parlerà nel proprio luogo, trattando della teoria della servitù delle acque.

Digitized by Google

utilità. Imponendo tale servitù, la legge ha voluto mantenere l'armonia e la pace tra gli uomini e specialmente tra i proprietarî vicini o contigui, frenare l'egoismo, e istituire il germe salutare della tolleranza. Così, sono servitù imposte dalla legge per utilità privata il passaggio necessario per visitare i sepolcri, per coltivare la terra, per riattare un muro, per raccogliere cose cadute, ecc.

Specialmente erano disposte dalla Legge tre servitù per utilità privata:

La prima era del passaggio forzoso per aecedere ai sepolcri. Presso i Romani i sepolcri erano tenuti in grande riverenza e rientravano tra le cose divine e nella classificazione di queste in sacre, religiose, e sante, i sepolcri erano allogati tra le cose religiose, perchè si riteneva che la religione li occupasse e perciò erano inalienabili.

Or se alcuno avesse venduto un fondo ov'era un sepolcro, la proprietà di questo non si trasferiva col fondo, perchè il sepolcro era fuori commercio. Il sepolcro intanto costituiva un oggetto di affezione e di devozione di colui che vi tenesse racchiuse le ceneri dei suoi cari, e dovea a lui esser permesso di accedervi, di piangervi, depositarvi una corona, ecc. Ma se egli avea venduto ad altri il fondo dove il sepolcro era situato, il compratore avrebbe potuto impedirgli l'accesso. Onde si stabilì una servitù legale per accedere ai sepolcri e il proprietario del fondo potea essere costretto forzosamente a dare una via per la quale vi si potesse andare. Il passaggio costituiva una vera servitù perchè uno stabile cioè il fondo che dava il passaggio, serviva ad un altro stabile, qual'era il sepolcro.

La seconda era del passaggio forzoso pei fondi chiusi da ogni parte. Quando accada che alcuno abbia un fondo che è circondato da altri fondi e che non ha uscita sulla via pubblica, come facilmente avviene per legato ed anche per donazione, vendita all'asta pubblica, ecc., è necessità ch' egli possa andarvi, e perciò ha diritto ad avere il passaggio, il quale gli dovrà esser dato nel punto più breve e col minore incomodo de' proprietarii de' fondi servienti (1).

È vero che in tali due casi il magistrato accordava e designava la via, ma era la legge che disponeva la servitù, onde la servitù era legale.

La terza era dell' ingresso forzoso per la necessità di ricostruire un muro od altra opera, ovvero per raccogliere una cosa caduta, salvo sempre il risarcimento di danni (2).

---

(1) Teoria uniforme, art. 593.
(2) Teoria uniforme, art. 592.

Servitù stabilite per fatto dell' uomo.

§ 467. Questa è la parte più importante e diremo ancora più fastidiosa delle servitù, poichè si riferisce alla varietà ed estensione delle convenzìoni umane in rapporto all' utile che si possa avere da una servitù.

A presentar chiaramente ed ordinatamente le idee, conviene esporle in cinque punti, cioè:

1. Chi può stabilire le servitù.
2. In qual modo si possono stabilire
3. Quali servitù possono stabilirsi e quante ne sono le specie.
4. Qual' è l' esercizio delle servitù.
5. In quali modi le servitù hanno termine.

Chi può stabilire le servitù.

§ 468. É principio di diritto che il proprietario può imporre sul suo fondo a vantaggio altrui, o può acquistare sul suo fondo a vantaggio proprio ed a carico altrui, qualunque specie di servitù (1). Ma chi potrà imporla od acquistarla quando la proprietà non trovisi piena ed intera nelle mani di un solo? Accade che per diversi rispetti si può non avere la totalità de' diritti domenicali sopra uno stabile, com' è per la enfiteusi, per l' erede carico di un legato di uno stabile sotto condizione, per l' usufrutto, per la dote, e pel condominio.

Esaminiamo codeste diverse posizioni per riguardo alle servitù.

Al proprietario vengono uguagliati l' enfiteuta e l' erede che abbia avuto il carico di un legato di un fondo sotto condizione. La ragione di codesta uguaglianza è che l' enfiteuta à tutto l' utile della proprietà, e ne può disporre come crede, onde non è da distinguersi gran fatto dal vero proprietario pieno dello stabile: d' altronde l' enfiteusi è diretta non al solo godimento dei prodotti del fondo ma alla miglioria di esso, e perciò i diritti di lui si accostano molto a quelli del pieno proprietario. — L' erede poi è vero e reale proprietario del fondo fino a quando non si verifichi la condizione, la quale può non verificarsi, e soltanto differisce dal proprietario pieno per la circostanza dell' evento incerto che può privarlo del fondo legato. Inoltre per entrambi è da osservare che se essi acquistino una servitù, lo fanno per la considerazione del fondo, non già per la loro persona, per aggiungere una qualità al fondo che

(1) Principio uniforme, art. 616.

Digitized by Google

essi tengono già come proprio e sopra cui hanno diritti così estesi, anzichè per avere essi un vantaggio passeggiero.

Per tali ragioni l'enfiteuta e l'erede caricato del legato di un fondo sotto condizione possono imporre ed acquistare una servitù sul fondo che hanno fra mano. E per tali ragioni la servitù acquistata al fondo enfiteutico e al fondo che passa al legatario dopo verificata la condizione, resta ferma sempre e passa a vantaggio del padrone diretto verificandosi la devoluzione, ed a vantaggio del legatario verificandosi la condizione.

Ma al padrone diretto e al legatario non passano le servitù imposte dall' enfiteuta e dall' erede. Tali servitù vengono a risolversi dal punto in cui il diritto di coloro resta risoluto — *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.* Come poter mantenere in vita un diritto di servitù, se viene a mancare il diritto di colui che lo ha concesso? (1).

Passiamo ora al caso dell' usufrutto e della dote. Potendo di regola il solo proprietario imporre ed acquistare una servitù, seguiva che nè il nudo proprietario, nè l' usufruttario, potevano imporre una servitù sul fondo dato in usufrutto, nè il marito poteva imporla sul fondo dotale.

Ma perchè il nudo proprietario era sempre proprietario, ed a lui si sarebbe ricongiunto l' usufrutto non appena questo fosse finito, si fece per lui eccezione e per la imposizione della servitù e per l' acquisto. Per la imposizione si disse che poteva imporre quelle che non offendevano i diritti dell' usufruttuario, come ad esempio la *servitus altius non tollendi.* Per l' acquisto gli venne permesso di acquistarne quante ne volea perchè egli provvedeva sempre al fondo di sua proprietà, a cui l' usufrutto si sarebbe presto ricongiunto, essendo l' usufrutto di sua essenza personale.

L' usufruttuario poi non solo non poteva imporre alcuna servitù sul fondo di cui godea l' usufrutto, anche quando non avesse offeso i diritti del proprietario, come ad esempio la servitù *altius non tollendi*, ma non poteva neppure acquistarle col consenso stesso del proprietario. La ragione di tanto rigore per lui era principalmente riposta in motivi estrinseci dell' antico Diritto Romano derivanti dalla natura della *cessio in jure*, motivi che qui sarebbe lungo ed ozioso esporre.

Il principio che si dovesse avere il dominio pieno per potere im-

(1) Per Codice Civile la teoria è uniforme in quanto all' enfiteuta, art. 665
Il Codice tace per l' erede che abbia avuto il carico di un legato di un fondo sotto condizione, e che voglia imporre o acquistare una servitù su di esso, ma per argomento dall' art. 665 può ritenersi la teoria Romana.

Digitized by Google

porre o per potere acquistare servitù era giustificato da che i Giureconsulti teneano molto alla perpetuità di esse, ed al divieto di obbligarsi o stipulare per altri (1).

Resta a parlare dell' ultimo caso, cioè di quello in cui il fondo non è di un solo, ma è comune a molti.

Convien distinguere la ipotesi in cui alcuno dei comunisti abbia acquistato una servitù da quella in cui alcuno di essi abbia imposta una servitù.

L' acquisto può farsi, perchè ciascuno di essi può avvantaggiare il fondo con una qualità, ad essa riducendosi ogni servitù, e perchè il comunista è sempre un proprietario, e quando egli acquista una servitù pel fondo comune, provvede al vantaggio del fondo medesimo.

Ma nessuno di essi può imporre una servitù, perchè verrebbe ad offendere i diritti degli altri condomini.

Varrebbe però la imposizione della servitù nel fondo comune, quante volte anche in tempi diversi si fosse fatta da tutti i comunisti e la servitù prenderebbe vita, quando si fosse ottenuto il consenso dell' ultimo.

Varrebbe del pari la servitù imposta da un solo dei condomini dopo la divisione, quante volte la parte del fondo a lui toccata fosse in tale posizione relativamente al fondo dominante che la servitù potesse sussistere.

Per altro il condomino che ha concesso la servitù ed i suoi successori anche particolari non possono mai ed in alcun caso impe-

---

(1) È troppo naturale che il Codice Civile sia meno rigoroso del Diritto Romano specialmente a proposito dell' usufruttuario, non essendovi più le pastoie che provenivano dall' antica *cessio in jure*.

Oggi si è ritenuto il principio che a questo riguardo detta il Romagnosi, cioè che, sebbene le servitù potessero imporsi dal solo proprietario, considerandosi specialmente la perpetuità inerente ordinariamente ad esse, pure la regola deve avere il vigore nelle cose nocevoli, non già nelle cose giovevoli, vale a dire il divieto deve tenersi fermo quando imponendosi una servitù, si offenda il diritto di un altro, e non quando non venga ad offendersi il diritto di alcuno, ovvero venga a favorirsi (Romagnosi, Condotta delle acque, § 416). Per lo che il proprietario di un fondo, di cui altri gode l'usufrutto, può imporre le servitù che non pregiudicano il diritto di usufrutto, come la servitù *altius non tollendi*: con l' assenso dell' usufruttuario può imporre anche le servitù che pregiudichino costui: art. 635. Può anche acquistare servitù, perchè aggiunge sempre una qualità al fondo, arg. articolo 665. L' usufruttuario avrebbe gli stessi diritti del proprietario, e non vi sarebbe ragione a negarglieli dal momento che egli non verrebbe mai a pregiudicare il proprietario: art. 535, 665.

Per Codice Civile poi, tenendosi a base il suddetto principio di Romagnosi, è detto che il marito può imporre e può acquistare servitù al fondo dotale, ma le servitù imposte cessano con lo scioglimento del matrimonio, e le servitù acquistate vi restano sempre infisse, art. 665.

Digitized by Google

dirne l' esercizio. Così, se il padrone del fondo dominante cui fu concessa la servitù da un solo de' comproprietarii del fondo serviente, esercitasse la servitù, gli altri condomini potrebbero impedirla, ma non lo potrebbe chi la concesse o chi sta in suo luogo (1).

In qual modo si possono stabilire le servitù.

§ 469. Vedutosi da chi possa essere costituita la servitù per fatto dell' uomo, convien vedere in quali modi la si potea costituire.

I modi erano quattro:

1. Per testamento.
2. Per aggiudicazione.
3. Per contratto.
4. Per prescrizione.

Parliamone distintamente.

1. Per testamento si costituiva la servitù espressamente o tacitamente. Espressamente, quando alcuno legava ad altri il diritto di servitù sopra qualche suo fondo e condannava l' erede a prestarla. Tacitamente, quando alcuno legava ad altri un fondo che fosse stato dominante o serviente relativamente ad altro fondo dello stesso testatore e che da costui si fosse lasciato all' erede. In tal caso se il legatario non avesse voluto prestare la servitù, cadeva dal legato; e se non l' avesse voluta prestare l' erede, poteva esservi astretto con azione reale.

2. Per aggiudicazione ne' tre giudizii divisorii. Quante volte per aggiustare le quote fra i condividenti, il Giudice avesse vista opportuna la costituzione di una servitù, poteva imporla.

3. Per contratto. Questo era il modo più ordinario e comune. Ma la servitù esisteva come diritto reale soltanto allora che fosse seguita la tradizione, cioè l' esercizio del diritto da parte del padrone del fondo dominante, e la pazienza del servente.

4. Finalmente si costituiva per prescrizione di dieci anni fra i presenti, e venti fra gli assenti. Al quale uopo è da ricordare il punto storico, che la servitù come cosa incorporale non potea formare oggetto di prescrizione. Ma i Giureconsulti per ragione d'interpretazione ve la estesero. Onde fu emanata la Legge Scribonia, la quale proibì la prescrizione nella materia di servitù. Di poi il Pretore prese a soccorrere coloro i quali fossero in legittimo possesso di una servitù. E finalmente Giustiniano ne riconobbe la prescrizione (2).

---

(1) La teoria del Codice Civile è uniforme, art. 636 ed argom. art. 665.

(2) Per codice civile le servitù continue ed apparenti si stabiliscono in tre modi, cioè con 1. titolo, 2. prescrizione di 30 anni, 3. destinaziene del padre

Digitized by Google

Quali servitù possono stabilirsi e quante ne sono le specie,

§ 470. Per fatto dell' uomo possono essere costituite tante specie di servitù, quante sono le maniere di utilità che un fondo può arrecare ad un altro fondo, purchè riescano applicabili i principii regolatori delle servitù da noi innanzi esposti nelle idee preliminari e ne' principii generali (1).

Si può costituire perciò una servitù non solo perpetua, ma anche a termine e sotto condizione, e si può costituirla pure con una certa modalità (2).

Il Diritto antico romano vietava nel suo rigore di poter costituire le servitù a termine e sotto condizione; ma poi, specialmente ad opera del Pretore, si ammise che in somiglianti casi potesse farsi valere l' eccezione *pacti vel doli mali* (3). Il che significa che se mai il proprietario del fondo dominante avesse continuato l' esercizio della servitù dopo decorso il termine stabilito, e dopo verificata la condizione preveduta, il proprietario del fondo servente vi si potea opporre, e se fosse stato citato in giudizio dal proprietario del fondo dominante, potea far rigettare la domanda di lui con la eccezione di dolo, cioè dichiarando che l'attore agiva dolosamente, perchè questi sapeva che la servitù dovesse durare fino al tempo stabilito e che era già decorso, o fino a che non accadesse un determinato evento che era già aceaduto.

La modalità poi consiste nel dare maggiore o minore vantaggio nell' esercizio della servitù. Così può stabilirsi una servitù di passaggio a piedi, e non col cavallo o col carretto, una servitù di presa d' acqua di giorno e non di notte, per una volta la settimana ecc. (4).

---

di famiglia — Le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue sieno o non sieno apparenti possono stabilirsi soltanto con titolo, art. 629, 630, 631 634. La restrizione per le servitù discontinue e per le continue non apparenti dipende da che hanno esse ordinariamente un carattere equivoco, che può facilmente confondersi con la precarietà, onde la prova testimoniale darebbe luogo a liti frequenti e dispendiose.

In che consista la destinazione del padre di famiglia è detto negli articoli 632 e 633. Essa provviene dal diritto consuetudinario francese, e supplisce in certo modo alla servitù che il Diritto Romano riconosceva attivamente o passivamente nel fondo legato per rapporto ad altro fondo lasciato all' erede, e di più tiene luogo più razionale della facoltà arbitraria che il Diritto Romano concedeva al Giudice con l' aggiudicazione ne' giudizii divisorii.

(1) Teoria uniforme, art. 616.

(2) Teoria uniforme, art. 616.

(3) Oggi si può bene stabilire a termine e sotto condizione, art. 616.

(4) Teoria uniforme, art. 616.

Digitized by Google

Le servitù per fatto dell' uomo si distinguevano dai Giureconsulti Romani in urbane e rustiche. Urbane erano quelle attaccate a stabili destinati all' abitazione: rustiche erano quelle attaccate a stabili destinati all' uso economico della vita come all' agricoltura, alla pastorizia, alla raccolta dei frutti. Non si badava al luogo dove gli stabili fossero situati, sibbene al loro uso ed alla loro qualità. Così un giardino che facesse parte e delizia di un palazzo era un fondo urbano, una casa campestre che fosse destinata a riporre le biade ed a custodire animali e che fosse pur abitata da coloni era fondo rustico. Ma perchè i Giureconsulti fecero questa distinzione? Essi furono mossi da quattro ragioni. La prima perchè risponde alla natura delle cose, a cui tanto i Giureconsulti attendevano. Gli stabili dei privati servono all' abitazione o ad usi economici; non è possibile trovarne uno che possa avere altra destinazione.

La seconda perchè le servitù rustiche erano cose mancipi e le servitù urbane erano cose non mancipi. Gli stabili che servono all' uso economico della vita danno maggiore ricchezza, e perciò erano considerati come più preziosi.

La terza era che le servitù urbane d' ordinario hanno un carattere di continuità, che la più parte delle servitù rustiche non hanno. *Servitutes praediorum rusticorum tales sunt ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur*. Così la mia trave che si appoggia al vostro muro, la mia finestra che riesce nel vostro cortile son sempre là, mentre le servitù di attinger acqua, di portar le bestie al pascolo si esercitano ad intervalli.

La quarta finalmente era che essendo d' ordinario le servitù urbane suscettive di esercizio continuo e non così le rustiche, v'erano conseguenze diverse nei modi di estinzione. Ecco perchè non ostante che ai tempi di Giustiniano fosse abolita la distinzione tra le cose mancipi e non mancipi, pure restò ferma quella di servitù rustiche ed urbane (1).

Ritenuta sempre in Diritto Romano la distinzione delle servitù in urbane e rustiche v' era il principio che il nome di urbano o di rustico era preso dalla qualità del fondo dominante. *A dominante praedio semper servitus nomen accipit*. Se un fondo urbano avesse goduto di una servitù sopra un fondo rustico, la servitù chiamavasi urbana. Nel caso diverso chiamavasi rustica.

I commentatori del Diritto Romano han poi fatto tre altre distinzioni delle servitù in affermative e negative, continue e discontinue, apparenti e non apparenti (2).

(1) Il Codice Civile non fa la distinzione delle servitù in rustiche ed urbane.
(2) Queste tre distinzioni si sono ritenute dal cod. civ., art. 617, 618, 631.

Digitized by Google

Affermative son quelle che consistono nel soffrire realmente qualche peso (in *patiendo*); negative son quelle per le quali il padrone del fondo servente ha un divieto di esercitare in esso un qualche atto (in *non faciendo*). In altri termini le servitù negative son quelle che consistono nei puri divieti e tutte le altre sono affermative. Così la servitù *altius non tollendi* è negativa, la servitù *oneris ferendi* è affermativa.

Continue sono quelle servitù pel cui uso si esige il ministero dell'uomo soltanto nel suo principio, cioè quelle il cui esercizio è, o può essere continuo senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo: discontinue quelle per le quali il ministero dell' uomo si esige non solo per costituirle ma anche per esercitarle e per usarne, cioè quelle che richiedono un fatto attuale dell' uomo per essere esercitate. Così la *servitus luminis vel prospectus* è continua, la *servitus aquae haustus* è discontinua. Ma da quanto abbiamo detto per le servitù rustiche ed urbane si vede che questa distinzione di servitù continue e discontinue ebbe radice in Diritto Romano.

Apparenti sono le servitù visibili come la *servitus aquaeductus*. Non apparenti sono le servitù invisibili, come la *servitus altius non tollendi*.

Vedutesi le divisioni delle servitù che si stabiliscono per fatto dell' uomo, conviene esaminarne le principali specie.

Abbiamo detto innanzi che per fatto dell' uomo possono stabilirsi quante servitù piacciano, purchè riescano applicabili i principii generali comuni a tutte. Ed è naturale, poiché la legge deve assicurare la libertà delle convenzioni. Sicchè codeste servitù possono essere moltissime e a dir quasi infinite a seconda de'bisogni umani.— Ma i Giureconsulti facevano un novero delle principali e più comuni tra esse, distinguendole in servitù urbane e rustiche.

Servitù urbane

§ 471. 1. *Oneris ferendi.*
2. *Tigni immittendi.*

La servitù *oneris ferendi* era propria per far sostenere o sopportare un peso nell'edificio altrui. La servitù *tigni immittendi* era di far soffrire l' immissione di travi, ferri, pietre anche nell' edificio altrui. In altri termini, la servitù *oneris ferendi* era servitù di appoggio verticale. La servitù *tigni immittendi* era servitù di appoggio orizzontale. Così, se uno fabbricasse un piano sopra la casa di un altro e col consenso del proprietario, si avrebbe la servitù *oneris ferendi;* e se uno fabbricasse una casa appoggiandola ad una casa altrui, si avrebbe la servitù *tigni immittendi.*

Nulla è a dire per la servitù *tigni immittendi*. Chi volea appog-

Digitized by Google

giare un edificio al' edificio altrui doveva costituirne una servitù col padrone dell' edificio a cui volea appoggiare , altrimenti non potea farlo. Ma si avverta che, come vedremo nelle limitazioni della proprietà a proposito della distanza legale, per Diritto Romano era vietato di fabbricare al confine del proprio fondo, e dovea lasciarsi una distanza dal confine medesimo.

Per riguardo poi alla servitù *oneris ferendi*, la teoria era la stessa, cioè non si potea fabbricare un piano sul piano altrui senza avere il consenso del proprietario (1). Ma intorno ad essa vi erano due regole speciali che convien bene avvertire.

La 1ª era che il proprietario dell' ultimo piano potea elevarne altri a suo piacere sopra il piano di sua proprietà sempre quando però non avesse recato danno ai proprietarii dei piani sottoposti (2).

La 2ª regola era che il proprietario di una casa , il quale consentiva che altri formasse un nuovo piano sopra la casa medesima, avea l'obbligo di mantenere le mura del piano inferiore in buono stato, di modo che se col volger del tempo le mura avessero avuto bisogno di riparazione, il proprietario del piano di sotto dovea riparare le mura di sua proprietà, e il proprietario del piano superiore dovea riparare quelle spettanti a lui. Che se il proprietario del piano sottostante non avesse voluto ripararle , egli dovea abbandonare la proprietà della sua casa al proprietario del piano superiore, col quale avea pattuita la servitù. La ragione di questa seconda regola è tri-

(1) Per Codice Civile è da distinguere la servitù *oneris ferendi* dalla servitù *tigni immittendi*, cioè convien distinguere l' appoggio verticale dall' appoggio orizzontale.

Quando si ha l' appoggio verticale, il codice vuole sempre una convenzione delle parti, nè potrebbe essere altrimenti, perchè niuno può fabbricare piani sulle case altrui senza il consenso del proprietario; ma in questo caso la Legge non considera più la convenzione come costitutiva di sola e semplice servitù com' era in Diritto Romano, ma anche come costitutiva di comunione pe'muri maestri, e pe' tetti, in proporzione del valore del piano che appartiene a ciascuno. Considera anche la Legge come comuni gli anditi, le porte, i pozzi, lastrici solari, ecc. che sieno comuni a tutt'i proprietarii, art. 562 e 563.

Riguardo poi all' appoggio orizzontale il codice civile permette ciò che vietava il Diritto Romano, val dire permette che si possa fabbricare sul confine del proprio fondo , ma dà facoltà al vicino di rendere comune il muro dietro pagamento della metà, ed appoggiarvi travi, travicelli, ecc. art. 551, 552, 556, 570.— Per lo che in tal caso vi sarebbe comunione e non servitù. Il proprietario può evitare la comunione lasciando la distanza di un metro e mezzo dal confine, art. 571.

Si vede perciò che quelle due servitù, così frequenti in Diritto Romano, oggi si son convertite in comunione , cercando la Legge di avvicinare sempre più equamente i proprietarii contigui.

(2) Teoria uniforme, art. 564.

Digitized by Google

plice: 1. Se ciascuno è proprietario del proprio piano, ciascuno deve riparare la propria cosa. 2. Se il proprietario del piano sottostante ha concesso la servitù *oneris ferendi* al proprietario del piano superiore, s'intende che gliela abbia concessa con l'attitudine del fondo servente a tale destinazione, onde segue ch' egli ha l' obbligo di ricostruire. 3. Ma questo obbligo consiste nel fare anche qualche cosa e costringe perciò la libertà umana, per lo che gli si dà l'agio di abbandonare il fondo servente, cioè di lasciare la propria casa e darne la proprietà al padrone del fondo superiore (1).

3. Projiciendi.

4. Protegendi.

Ciascun proprietario è padrone dello spazio fra il suo fondo e il cielo ed ha diritto di tenerlo libero. Or se mai alcuno pattuisca di fare sporgere una parte del suo edificio sul suolo del vicino si avrà la *servitus projiciendi*; e se pattuisca di fare sporgere l' estremità del tetto sul suolo vicino nel fine di preservare le muraglie dall' umido e dall' acqua, si avrà la *servitus protegendi* (2).

5. Stillicidii.

6. Fluminis recipiendi vel non recipiendi.

Lo stillicidio si distingue in stillicidio propriamente detto ed in fiume. Lo stillicidio si ha quante volte l' acqua cada a goccie dalle tegole. Il fiume si ha quando l' acqua è raccolta in tubo dal quale poi esce tutta unita.

Or è principio di diritto che l' acqua cadente dai tetti o per stillicidio o per fiume deve cadere o sul proprio suolo o sul suolo pubblico. Non può cadere sul suolo del vicino senza che siesi pattuita una *servitus stillicidii recipiendi.*

Per altro è da sapere che nella città di Roma dopo l' incendio dei Galli essendovi rimasto un suolo vacuo dapertutto, le case cominciarono a riedificarsi confusamente , senza far distinzione tra il suolo pubblico e il suolo privato , onde avvenne che lo stillicidio delle nuove case cadeva anche sulla proprietà privata e fu necessità riconoscere il diritto di chi fabbricava la casa di far cadere lo stil-

(1) Questa seconda regola è diversa per codice civile perchè si è variato il principio, essendovi oggi la parte di comunione nell' appoggio orizzontale, ond'è stabilito che se per le cose comuni, come muri maestri ec., la convenzione tace circa il carico delle riparazioni e ricostruzioni, tutti debbono concorrere alle spese per le cose comuni, e ciascuno deve sostenere poi particolarmente per se le spese per la cosa propria, come il pavimento su cui cammina , ec., art. 562 e 563. Che se quelli, i quali debbono concorrere per le spese comuni, non volessero prestarsi, possono liberarsene abbandonando la loro proprietà, art. 676, 643, 549, 561.

(2) Queste sarebbero servitù che oggi verrebbero a cadere sotto la dizione generale dell' art. 616.

Digitized by Google

licidio anche sul suolo privato. Codesta fu una circostanza tutta particolare della città di Roma, la quale circostanza non fece valere in quel tempo il principio di diritto comune per cui lo stillicidio dovesse cadere sul fondo proprio o sul suolo pubblico. Or chi si fosse voluto liberare dalla servitù per la circostanza medesima impostagli di ricevere lo stillicidio sul suo suolo, dovea pattuire col vicino la servitù *stillicidii non recipiendi*. Non faccia poi maraviglia che una circostanza tutta propria di Roma abbia dato luogo alla *servitus non recipiendi*, perchè anche del diritto proprio della sola Roma si parla nel Diritto Romano (1).

7. *Altius tollendi*.

8. *Vel non tollendi*.

La servitù *altius non tollendi* è il diritto per il quale alcuno si obbliga di non fabbricare o di non elevare la fabbrica oltre una determinata altezza per comodità della casa del vicino.

Ad intendere poi la servitù *altius tollendi* è a sapere che per Diritto Romano era limitata l' altezza delle case a 70 piedi da Augusto, e poi a 60 da Traiano. Questa limitazione non era solamente dettata per interesse pubblico *ne urbs ruinis deformetur*, ma era anche dettata per interesse privato, specialmente perchè le case molto alte privano del sole i vicini.

Era permesso ai vicini di rendersi passivi di una servitù *altius tollendi*, val dire il vicino che avrebbe potuto far limitare alla misura stabilita dalla legge la casa di colui che volea fabbricarla, potea non far valere quella limitazione e pattuire una servitù *altius tollendi*. Egli sarebbe stato il servente perchè era privato del beneficio del sole, chi fabbricava sarebbe stato il dominante perchè lo faceva oltre la misura legale.

Sembra che le ragioni per le quali potesse patturirsi questa servitù *altius tollendi* sieno tre: La prima è che si trattava sempre di legge edilizia e perciò si poteva pattuire contro l'editto degli edili. La seconda è che sebbene l'altezza fosse limitata per interesse pubblico, cioè per evitare la caduta delle case, pure codesta caduta interessava principalmente il vicino. La terza è che l'altezza era limitata anche per interesse privato, perchè le case troppo alte tolgono il sole ai vicini (2).

(1) Dovendo oggi cadere lo stillicidio sulla via pubblica o sul terreno proprio, art. 591, si può verificare la sola servitù *stillicidii vel fluminis recipiendi*, art. 616. La parola *stillicidio* di cui nell' art. 591, per comune opinione degl' interpetri comprende e lo stillicidio e il fiume del Diritto Romano.

(2) Oggi l'altezza delle case se è limitata per qualche regolamento edilizio, la limitazione è sempre fatta nell'interesse pubblico, onde potrebbe esservi la sola servitù *altius non tollendi*, la quale rientrebbe nella dizione generale dell'art. 616.

Digitized by Google

9. *Luminum.*
10. *Ne luminibus officiatur.*
11. *Prospectus.*
12. *Ne prospectui officiatur.*

Per intendere queste specie di servitù conviene innanzi tutto conoscere la differenza tra la *servitus luminum* e la *servitus prospectus.* La prima si adopera per aver la luce, onde accade che le aperture sono strette e poste d'ordinario nell'alto della stanza, ed in modo che la persona non vi si possa comodamente affacciare. La seconda cioè la *servitus prospectus* si adopera non solo per aver la luce, ma anche per aver la veduta nel fondo del vicino o anche più lungi, onde l'apertura è più larga ed è posta in modo che la persona possa affacciarsi (1).

Conviene inoltre sapere che per Diritto Romano ciascuno potea aprire finestre od altre vedute nel proprio muro, ma vi erano due limitazioni — 1. la prima che dovea per la fabbrica del muro osservarsi la distanza legale dal confine — 2. la seconda che il vicino, mantenendosi anch'egli alla distanza legale dal confine, potea del pari fabbricare e recare disturbo alle finestre ed altre vedute del vicino, diminuendo la luce e restringendo l'orizzonte. Codesta facoltà del vicino era un diritto che gli si concedea per pareggiarlo al convicino, e si partiva dal principio che, osservandosi la distanza legale, ciascuno è libero nella sua proprietà (2). Per lo che se alcuno volea avere una luce od un prospetto nel muro del vicino, o nel muro comune, dovea costituire la servitù *luminum* o *prospectus* (3).

E se alcuno, avendo costruito una luce o un prospetto nel proprio muro, volea vietare al vicino tutto quanto potea diminuire la luce o scemare l'orizzonte, dovea con lui stabilire la servitù *ne luminibus aut ne prospectui officiatur* (4).

---

(1) La medesima differenza tra codeste due servitù di luci e di prospetto è ritenuta dal codice civile. Vegganst art. 583 e seg.

(2) Per codice civile si può fabbricare fino al confine e non vi è obbligo di lasciar distanza, ma il vicino può, pagando la metà del muro, renderselo comune ed appoggiarvi, art. 551, 552, 556, 570.

Or nel muro che alcuno fabbrichi al confine del proprio fondo possono aprirsi sole luci alte dal pavimento in modo che non vi si possa affacciare, e con inferriate ed invetriate fisse. Ciò però non toglie che il vicino possa acquistare la comunione del muro, e chiudere le luei quante volte vi appoggi un edificio art. 583, 584, 585.

Per aprirsi vedute o finestre siano dirette, siano laterali sul fondo del vicino è necessaria una distanza determinata tra i due fondi, art. 587 a 590.

(3) Teoria unif. art. 584 e 616.

(4) Teoria unif. perchè per vietare al vicino di fabbricare e di aprire luci, vedute o finestre permesse dalla legge a norma degli art. 583 a 590è necessario costituire una servitù, art. 616.

Digitized by Google

13. Servitus fumi.

È il diritto d'immetter fumo nel fondo del vicino contro il principio generale che non si può immetter cosa alcuna nell'altrui proprietà.

14. Servitus cloacae.

È il diritto di scaricare la cloaca nel fondo del vicino.

15. Servitus sterculinii.

È il diritto di aprire una fossa da letame accanto al muro del vicino (1).

Servitù rustiche.

§ 472. 1. *Iter.*
2. *Actus.*
3. *Via.*

Sono servitù di passaggio per le quali si concede o si agevola l'accesso al fondo dominante. Codeste servitù presentano naturalmente una gradazione ascendente, secondochè si tratti del passaggio delle persone, degli animali, o dei carri, richiedendosi minore spazio per le prime, maggiore pe'secondi, e più vasto ancora pe'terzi. Or l'*iter* era il passaggio per le persone, l'*actus* per gli animali, la *via* pe'carri.

Ma, permesso il passaggio alla persona, questa può andarvi con la sua comodità, cioè non solo a piedi, ma anche a cavallo e in lettiga. — Permesso il passaggio per le bestie, queste possono andarvi cariche, ed è lecito pure al padrone di portarne alcuna con qualche leggiero carretto, e tale che sia adatto più alla comodità della persona che al trasporto di oggetti. Permesso il passaggio de'carri, s'intende concesso il diritto maggiore, e non solo possono portarsi carri carichi di travi, di pietre, di biade, ma ancora possono elevarsi gli oggetti su'carri alla maggiore altezza (*hastam rectam ferendi* (2).

Essendo queste tre servitù in gradazione ascendente, ne segue che l'ultima cioè la *via* comprende le altre due, cioè l'*actus*, e l'*iter*; e la seconda comprende la prima, cioè l'*actus* comprende l'*iter*. In altri termini chi può passar col carro, lo può pure con le bestie, ed a piedi, e chi può passar con le bestie, lo può pure a piedi ed

(1) Queste ultime tre servitù rientrerebbero nella dizione generale dell' articolo 616.

(2) Se oggi si convenisse una servitù per passaggio di persone, di bestie, o di carri, le teorie sarebbero le stesse, perchè queste rispondono alla necessità di natura, arg. art. 616.

Digitized by Google

a cavallo. — La ragione sta nel principio di diritto — *Non debet cui plus licet quod minus est non licere* (1).

4. *Pecoris ad aquam adpulsus.*

5. *Jus pascendi.*

La prima è di abbeverare il bestiame alla fonte altrui.

La seconda è di pascere il bestiame a'terreni altrui. Ma si avverta che questi diritti costituiscono servitù soltanto allora che trattasi di bestiame che sta al servizio del fondo dominante e che sia considerato come immobile per destinazione, altrimenti non si avrebbe il principio proprio delle servitù cioè che un fondo debba servire all'altro fondo; e si avrebbe invece o una servitù irregolare, o una obbligazione a tempo indeterminato secondo i casi (2).

Inoltre è da distinguer bene la *servitus pascendi* dal diritto di compascolo, *jus compascui*. La servitù di pascolare armenti è una servitù. Il diritto di compascolo si ha quando due o più persone convengono che tutti possano insieme pascere i loro armenti nei loro fondi: è una specie di comunione, e come tale è rivocabile pe'principii proprii della materia della comunione (3).

6. *Calcis coquendae.*

7. *Arenae fodiendae.*

8. *Cretae eximendae.*

9. *Pedamenta sumendi.*

10. *Fructus cogendi coactosque habendi.*

11. *Tugurium in alieno positum habendi.*

12. *Terram, rudus, saxa jaciendi, posita habendi, provolvendi in alieno.*

13. *Navigandi in alieno lacu vel stagno ut perveniatur ad fundum vicinum.*

14. *Uvas in alieno torculari exprimendi.*

15. *Aves capiendi in alieno* (4).

Tutte codeste servitù s'intendono dal semplice nome.

Ma è da ripetere anche una volta l'osservazione, che la servitù prediale esiste quando un fondo serve al fondo; che se un fondo non serve al fondo, ma alla persona non vi è cosiffatta servitù.

---

(1) Il principio è di logica più che di dritto, onde la teoria riesce identica anche per Codice Civile sempre a base dell'art. 616.

(2) Teoria unif. art. 531, 616.

(3) Teoria unif. art. 682. Il Codice però ammette, che possa tenersi ferma dal Giudice la comunione per grave ed evidente motivo di utilità generale del Comune, in cui sono situati i terreni soggetti al *jus compascui*. Detto art. 682.

(4) Queste servitù possono anche oggi aversi a base dell'art. 616

Digitized by Google

Per fare intendere questo punto, giova noverare con qualche schiarimento le servitù ora mentovate.

Se alcuno fabbrichi un palazzo e convenga col proprietario di un altro fondo di far cuocere in questo la calce e di prendervi l'arena e la creta nel fine di costruire il palazzo medesimo, si ha un diritto reale di servitù a termine, perchè il fondo dove si cuoce la calce e si prende l'arena e la creta serve all'utile del fondo dominante dove si fabbrica il palazzo, e fino a che il palazzo non sia compiuto. — Se invece uno avesse fatto il patto con altri di cuocer calce, cavare arena e creta pei suoi bisogni durante la sua vita, si ha un diritto reale di semplice servitù irregolare, della quale discorreremo tra le servitù personali. Se invece uno avesse fatto il patto di far cuocere alcuni metri cubi di calce nel terreno di un altro, o di prendervi alcuni metri di arena o di creta, si avrebbe un'obbligazione; cioè un diritto personale.

Dicasi lo stesso delle altre servitù di prender pali per mantenere le viti, di riunire i frutti nel terreno altrui e di tenerveli custoditi in un casolaio, di avere un tugurio nel terreno di un altro, di poter gittare o riporre terra e pietre nell'altrui fondo, di navigare nel lago altrui per giungere al fondo proprio, di spremere le proprie uve nei torchi di altri. Se per tutte tali convenzioni, si trovi che l'intenzione delle parti è stata quella di far servire un fondo ad un altro, si avrà il diritto reale di servitù prediale. Se invece l'intenzione delle parti è stata quella di far servire il fondo in considerazione soltanto della persona che ne gode, si avrà un diritto reale di semplice servitù irregolare; se finalmente l'intenzione delle parti non è stata di far servire il fondo ad un altro o di far servire il fondo ad una persona, ma invece di permettere che alcuno faccia una cosa sul fondo altrui, si avrà un diritto personale derivante da obbligazione (1).

Esercizio delle servitù.

§ 473. Per l'esercizio delle servitù si hanno le seguenti regole.

1. Le servitù debbono essere esercitate nel modo stabilito nell'atto di acquisto, ed in generale nel modo meno oneroso, o, come si dice nel testo, *civiliter* (2).

2. Non può chi gode la servitù renderla più grave, ma può renderla più lieve. Nè può chi la soffre, dare impedimento all'esercizio della servitù e renderlo più incomodo (3).

(1) Teoria unif. arg. art. 476, 477, 521, 522, 531, 616, 1137, 1098.
(2) Teoria uniforme, art. 646.
(3) Teoria uniforme, art. 640 e 645.

Digitized by Google

3. Concssa la servitù, s' intende anche conceduto tutto ciò che serve all'esercizio di essa, ancorchè non vi sia un patto espresso. Così la servitù di presa d'acqua nella fonte altrui comprende il diritto di passare per andarla a prendere (1).

4. Le riparazioni debbono farsi di regola dal padrone del fondo dominante. E se il padrone del fondo servente vi si fosse obbligato, egli può non farle, ma deve abbandonare al proprietario del fondo dominante la proprietà del fondo servente (2).

5. La servitù nel fondo servente resta sempre ferma non ostante che passi in altre mani o venga diviso tra più persone, perchè si tratta di un diritto reale che si esercita *adversus omnes*. Del pari resta sempre fermo il vantaggio al fondo dominante, non ostante che questo passi in altre mani e sia diviso tra più persone, per la ragione che la servitù è una qualità e le qualità non si perdono, ed anche perchè la servitù dovuta ad un fondo, la si deve a tutte le parti di esso (3). Ma conveine fare due osservazioni. La prima è che la servitù fra i padroni del fondo dominante può essere divisa, se ammetta divisione *mensura aut temporibus*. La seconda è che in nessun caso il fondo servente deve risentire aggravio per la divisione del fondo dominante, o per la divisione della servitù dovuta ad esso. Così l'acqua che si deve ad un fondo, si deve sempre dare nella stessa quantità, non ostante la divisione del fondo dominante tra più persone, e soltanto l'acqua fra i dominanti può essere divisa a misura della porzione di terreno a ciascuno toccata. Così del pari la servitù di passaggio è dovuta a tutti quelli tra i quali vien diviso il fondo dominante, ma tutti debbono passare nello stesso luogo (4).

La proprietà del luogo dove si esercita la servitù resta sempre al padrone del fondo servente, perchè le servitù debbono mantenersi nei limiti della necessità, e non v'è necessità di dare la proprietà del luogo al padrone del fondo dominante, a cui basta godere della servitù che ha in suo favore. Così chi ha la servitù di passaggio non si rende proprietario della striscia di terra ove passa, ma la proprietà ne resta al padrone del fondo servente (5).

(1) Teoria uniforme, art. 648.
(2) Teoria uniforme, art. 639.
(3) Teoria uniforme, art. 641, 642, e 643.
(4) Teoria uniforme, art. 531 e 644.
(5) Teoria uniforme, arg. art. 531, 644, 671, e 672.

Digitized by Google

In quali modi le servitù hanno termine.

§ 474. Le servitù si estinguono in sei modi, cioè: 1. con la rinunzia; 2. con la risoluzione del diritto del costituente; 3. col decorrimento del tempo stabilito, o con l'esistenza della condizione; 4. con la perdita della cosa; 5. con la consolidazione; 6. con la prescrizione.

1. La rinunzia è il primo modo di perdere la servitù, poichè ciascuno può rinunziare ai diritti stabiliti in suo favore, e la servitù pel proprietario del fondo dominante è un diritto, anzi un diritto reale.

La rinunzia poi può essere espressa e tacita. È espressa quando il proprietario del fondo dominante espressamente convenga col proprietario del fondo servente di rinunziare al suo diritto di servitù. È tacita quando *rebus ipsis et factis*, il proprietario del fondo dominante manifesti chiaramente l'intenzione di rinunziare. Così, per esempio, se alcuno abbia il diritto di passaggio in un determinato luogo, e si trovi presente alla costruzione di una casa che fabbrichi in quel punto il proprietario del fondo servente, e maggiormente se quegli appoggi un'altra sua fabbrica alla novella casa di questo, è certo che vi sarebbe una rinunzia tacita al diritto di servitù (1).

2. Il secondo modo di estinzione è la risoluzione del diritto del costituente. Quando chi ha un diritto sopra un fondo lo ha temporaneo o risolubile, ed imponga sul fondo medesimo una servitù, questa rimane estinta, risolvendosi il diritto del costituente. Così se l'enfiteuta imponga una servitù sul fondo enfiteutico, la servitù resta estinta accadendo la devoluzione del fondo (2).

3. Il terzo modo è il decorrimento del termine stabilito per la servitù, o l'esistenza della condizione risolutiva pattuita. Così se io ho convenuto di depositare sul tuo fondo le pietre, l'arena, la calce per fabbricare un mio palazzo, la servitù finisce tostochè il palazzo sia compiuto. Così del pari se tu mi hai concessa la servitù di passaggio nel tuo cortile nel fine di arrivare più presto nel mio giardino, fino a quando non prendi moglie, la servitù (sia pure irregolare) finisce allora che tu hai preso moglie (3). — Per Diritto Romano antico in codesti due casi del termine e della condizione le servitù non finivano, ma poi si permise che avessero termine con l'eccezione di dolo, come abbiamo cennato innanzi.

(1) Teoria unif., Arg. art. 1104, 1236.
(2) Teoria unif., art. 665.
(3) Teoria unif., art. 1157. 1158, 1172, 1236, 616.

Digitized by Google

4. Il quarto modo di estinzione della servitù è la perdita dei due fondi o di uno di essi. Questo mezzo si riannoda principalmente ai casi di forza maggiore. La servitù può esistere quando esistono due fondi, uno dominante ed uno servente; per lo che se perisce uno di essi o tutti e due la servitù finisce (1). — Se voi avete il diritto di veduta sul mio cortile, e la vostra casa va in fiamme, finisce la servitù, e maggiormente finisce se vanno in fiamme e la casa vostra e la mia.

Ma se le cose sono rimesse nel primiero stato, le servitù risorgono, purchè non sia decorso il tempo valevole per la prescrizione (2). Se nei casi innanzi precisati, bruciata la tua abitazione, tu la ricostruisci, puoi riprendere il tuo diritto di veduta, e se io aveva il diritto di appoggio sulla tua casa, avrò anche il mio diritto di appoggio. La è cosa troppo naturale di ricostituire i diritti tosto che si sono ricostituite le cose. Che se poi fosse decorso il tempo richiesto per la prescrizione, risorgendo le cose non risorgono i diritti per la ragione che la prescrizione si fonda sopra un volontario abbandono. Vero è che alcuno per non far risorgere un diritto passivo di servitù potrebbe far decorrere il tempo necessario per la prescrizione, ma la legge guarda i casi ordinarî nei quali si vede che l'interesse è mosso più al ricostruire, quante volte uno può, anzichè al non ricostruire, e quando uno abbandona la ricostruzione di un'opera perita, è segno che non vuole perchè non può. Si ricordi che la prescrizione ha un lungo corso specialmente ne' tempi odierni, e nei casi ordinari, dei quali la legge tien conto, chi può ricostruire il perduto edificio, lo ricostruisce. D'altro canto vi è il correttivo per questo punto nella prescrizione propria delle servitù urbane che d'ordinario sono discontinue: correttivo molto grave, di cui or ora discorreremo al numero sesto.

5. Il quinto modo è la consolidazione, la quale si verifica quando la proprietà del fondo dominante e quella del fondo servente si riuniscono in una sola mano (3). Se un solo è il proprietario dei due fondi, non vi può essere più servitù, perchè *res sua nemini servit*, come abbiamo accennato ne' principii generali al N. 2. Ma se la consolidazione è parziale, resta ferma la servitù per la parte non consolidata. Così se il proprietario del fondo dominante diviene padrone della metà del fondo servente, o viceversa, la servitù sva-

(1) Teoria unif. art. 662.
(2) Teoria unif art. 663.
(3) Teoria unif., art. 664

Digitized by Google

nisce per tale metà, ma resta ferma per l'altra metà non consolidata (1).

6. L'ultimo modo e il più importante è la prescrizione, cioè il non uso del diritto di servitù per dieci anni fra i presenti, e per venti fra gli assenti. Se voi durante tale tempo non avete mai esercitato la servitù, è segno certo che non volete avvalervi di tale diritto. I dominii debbono essere sicuri e tendono sempre alla propria libertà, e se voi non vi avvalete del vostro diritto, è segno che voi volontariamente lo abbandonate (2).

Se non che vi è una grave distinzione a fare tra le servitù rustiche e le servitù urbane. Abbiamo veduto innanzi in che esse consistono, ed abbiamo osservato che le rustiche ordinariamente sono discontinue, come per esempio la servitù di passaggio molto frequente in campagna, e che le servitù urbane ordinariamente sono continue, come per esempio una finestra che dia il diritto di veduta. Or per le servitù rustiche che ordinariamente erano discontinue bastava il semplice non uso, ma per la servitù urbane che ordinariamente erano continue, era necessario usucapire la libertà, cioè fare un atto contrario alla servitù (3). Spieghiamo la cosa con esempî. Io e voi abbiamo due fondi vicini, e voi nel vostro avete una fontana o una riviera. Nel mio fondo io ho animali addetti alla coltura, vacche, buoi, pecore ecc. come immobili per destinazione. Io stabilisco con voi la *servitus pecoris ad aquam adpulsus*, ciòè la servitù di portare il mio bestiame ad abbeverarlo nella vostra riviera. Se durante il tempo stabilito per la prescrizione, io non vi porto i miei animali, ho perduto il mio diritto, perchè la servitù di passaggio essendo di sua natura discontinua, cioè richiedendo il fatto del passaggio per esercitarla, il diritto di servitù si renderebbe troppo equivoco quante volte mancasse l'esercizio, mentre è regola che per fare esistere i diritti bisogna farli valere, bisogna esercitarli, non potendo i dominii rimanere incerti.

Ed i Giureconsulti Romani erano così rigorosi per riguardo all'esercizio nelle servitù rustiche, per quanto riconoscevano che la servitù di presa d'acqua si prescriveva se alcuno non l'avesse tolta

---

(1) Teoria unif., Arg. art. 664.

(2) Per Codice Civile la prescrizione per non uso è di 30 anni, art. 666.

(3) Per Codice Civile, se si tratti di servitù discontinua, il trentennio comincia a decorrere dal giorno in cui si è cessato di usarne; e se si tratti di servitù continua, dal giorno in cui si è fatto un atto contrario alla servitù, art. 667.

Digitized by Google

durante il tempo stabilito per la prescrizione, non ostante che fosse rimasto il canale conduttore (1).

Facciasi ora un altro esempio per le servitù urbane. Io ho un diritto di veduta per mezzo di una finestra sul vostro cortile. Il non uso per essa non basta. Non potreste voi dire che ho tenuta chiusa la finestra e non mi ci sono mai affacciato per la prescrizione. È necessario che voi per far valere la prescrizione, abbiate fatto un atto contrario alla servitù, quale nel caso sarebbe la chiusura della finestra con un muro fatto da voi. Se io non mi sono mai affacciato alla finestra per tanti anni, ho fatto il mio comodo perchè era per me un atto facoltativo di affacciarmi o no; ma se io per tanti anni ho sofferto che voi con un muro abbiate chiuso la mia finestra, è segno certo che io ho volontariamente abbandonato il mio diritto.

Per altro la prescrizione non corre, quante volte il fondo dominante sia comune a più persone ed una di esse abbia esercitato la servitù, siccome non corre quando niuno dei condomini l' abbia esercitata, ma per uno di essi la prescrizione sia rimasta interrotta o sospesa, come nel caso della minore età di uno dei condomini (2). La ragione è che la servitù è indivisibile, come abbiamo studiato nei principii generali, e perciò mantenuta in vita da uno profitta a tutti.

L' ultimo punto ad osservare per la prescrizione è quello relativo alle modalità.

Le modalità consistono nelle variazioni, modificazioni, o limitazioni che vengono ad alterare l' interesse e quindi il diritto del proprietario del fondo dominante o del servente.

Tali modalità si riducono ad una maggiore o minore gravità nell' esercizio della servitù ovvero all' esercizio della servitù in tempo diverso. Così per esempio, Tizio ha diritto di avere sei litri di acqua al minuto da Cajo e in tempo di notte, ma accade che ne prenda otto, ovvero ne prenda quattro, ovvero prenda l' acqua di giorno. Se prenda otto, si avrà una maggior gravità nella servitù; se prenda quattro, si avrà una gravità minore; se prenda di giorno, si avrà variazione di tempo.

Comunque vogliano moltiplicarsi gli esempii, sempre si troverà che le modalità si riducono o ad aggravare o ad attenuare il peso della servitù, ovvero a variare il tempo dell' esercizio (3).

(1) Teoria uniforme, art. 669.

(2) Teoria uniforme, art. 671, 672.

(3) Questa teoria intorno alla natura delle modalità nelle servitù è uniforme per Codice Civile: Arg. art. 668 e 670. Veggasi Romagnosi Condotta delle acque, § 1063 a 1071.

Digitized by Google

Or per intendere il sistema del Diritto Romano intorno all' acquisto o alla perdita nelle modalità delle servitù, è da ricordare che in esso si distingueva l' acquisto dalla perdita della servitù per mezzo della prescrizione. L' acquisto era negato e soltanto molto tardi il Pretore diede un' azione utile, e per ultimo Giustiniano ammise che la servitù potesse acquistarsi con la prescrizione. La perdita invece era ammessa per tale mezzo. La ragione era riposta in una sottigliezza di dritto, cioè nell' essere le servitù cose incorporali, onde era per esse negato l' acquisto ed ammessa la liberazione.

Stando così le cose, nei libri del Digesto si legge che se mai il peso della servitù si fosse aggravato dal proprietario del fondo dominante, egli niente acquistava, ma manteneva solamente il diritto alla servitù come si era pattuito, per la ragione che la prescrizione non era un mezzo di acquisto delle servitù, e se non si potevano acquistar le servitù non potevansi acquistare modi diversi e più gravi. Che se il peso della servitù si fosse scemato, in tal caso il proprietario del fondo servente restava liberato della maggior gravità, per la ragione che la prescrizione era ammessa per liberarsi dalle servitù e quindi ancora dai modi più gravi di esse. Che se finalmente si fosse variato il tempo, il proprietario del fondo servente era liberato, perchè non si era esercitata nel tempo stabilito durante il periodo della prescrizione, ed il proprietario del fondo dominante non acquistava la servitù nel tempo diverso in cui l' aveva esercitata, perchè le servitù non si potevano acquistare con la prescrizione.

Come si vede, il sistema Romano era fondato sul principio che le servitù non potevano acquistarsi, ma potevano perdersi con la prescrizione, e perciò del pari le modalità venivano con la prescrizione a perdersi e non ad acquistarsi (1).

Restava però sempre ferma la regola innanzi indicata, cioè che per liberarsi dalle servitù rustiche bastava il non uso del proprietario del fondo dominante, e per liberarsi dalle servitù urbane, era richiesto un atto contrario alla servitù da parte del proprietario del

(1) Il sistema del Codice Civile è diverso, perchè questo ammette tanto l' acquisto quanto la perdita delle servitù per mezzo della prescrizione, art. 629 e 666, e perciò le modalità delle servitù si acquistano e si perdono con la prescrizione, art. 668 e 670. Ma perchè l'acquisto con la prescrizione è limitato alle sole servitù continue ed apparenti, anche l' acquisto delle modalità è limitato ad esse sole. E perchè la estinzione delle servitù con la prescrizione non è limitata a quelle sole servitù, anche la estinzione delle modalità è per tutte le servitù, art. 629, 630, 666. Però per la estinzione delle servitù continue veggasi la nota seguente.

Digitized by Google

fondo servente. La quale regola veniva naturalmente ad essere identica per riguardo alle modalità (1).

Per altro quì è da fare una importante osservazione. Se l'esercizio del diritto riguarda la totalità di un fondo, o può essere fatto in differenti maniere a piacere di colui che gode la servitù, la prescrizione varrà quando vi sia il non uso di tutto il diritto. Spieghiamoci con esempi. Io ho il diritto di condurre un' acqua ogni giorno e di estenderla ad un determinato fondo. Ma se io non la uso ogni giorno, nè la uso per tutto il fondo, invece l' adopero saltuariamente e per una parte del fondo medesimo, io non perdo il diritto nè dell' acqua quotidiana, nè dell' irrigazione generale del mio fondo. Così del pari se ho il diritto di passare a piedi, a cavallo o in vettura, o di passare indistintamente di notte o di giorno nel mio fondo, basta che io sia passato a piedi e di giorno per conservarmi il diritto di passare a cavallo, in vettura e di notte (2).

DISCIPLINE O LIMITAZIONI IMPOSTE ALLA PROPRIETA' PRIVATA NELL' INTERESSE PUBBLICO O NELL' INTERESSE PRIVATO.

§ 475. Abbiam veduto innanzi che la servitù esiste, quando il dominio di un fondo perde di qualche suo elemento pel vantaggio di un altro fondo. Nè potrebbe essere altrimenti, dal momento che la servitù è un diritto reale appunto perchè costituisce una frazione di dominio.

Abbiam veduto inoltre che la servitù è stabilita per pubblica utilità quando la frazione di dominio si perde dal fondo servente e si acquista dal fondo dominante per un riguardo d' interesse pubblico. E che la servitù è stabilita per utilità privata quando la frazione di dominio si perde dal fondo servente e si acquista dal fondo dominante per aumentare il valore economico di esso. Queste ultime servitù aumentano per gradi il valore del fondo dominante, e per gradi diminuiscono il valore del fondo servente.

Ma oltre queste vere e proprie servitù, delle quali si è tenuto lungo discorso, il dominio è limitato, disciplinato con regole fisse dalla legge pel bene pubblico o privato. In tali limitazioni o disci-

---

(1) Anche oggi per Cod. Civ. resta ferma la regola innanzi indicata, cioè che per liberarsi da una servitù continua, è necessario un atto contrario alla servitù, art. 667. Onde per ottenere la liberazione da una modalità di servitù continua è necessario un atto contrario alla servitù. Arg. art. 667 e 668.

(2) Teoria unif., Arg. art. 531, 616, 668, 670.

Digitized by Google

pline, come voglian chiamarsi , non v' è un fondo dominante e un fondo servente, ma invece v' hanno regole dettate allo sfrenato arbitrio de' proprietarii per meglio provvedere al bene pubblico e privato. In altri termini la libertà che ha il proprietario di far quel che vuole della sua cosa, di esserne esclusivo possessore , dispositore, e sovrano, è limitata per ragioni di bene pubblico e privato.

Le limitazioni per bene pubblico son dettate a tutti per un pubblico interèsse. Le limitazioni per bene privato son dettate per privato interesse tra i proprietari di fondi contigui, per mantener tra loro la pace e l' armonia , e per farli viver realmente da buoni vicini.

Tali limitazioni erano svariate , e noi esporremo soltanto quelle che più direttamente si attengono all' interesse privato, che forma il nostro obbiettivo , cioè quelle che riguardano la costruzione delle case, la comunione de' muri, la distanza nelle costruzioni piantagioni od altre opere dei fondi o case altrui , la luce e il prospetto , e lo stillicidio (1).

Costruzione delle case.

§ 476. Due sono i maggiori pericoli che s'incontrano per le case, cioè gl' incendii, e la caduta di esse.

Ad evitare che gl'incendii avessero a portare gravi danni, gli antichi Romani disposero che le case non potessero unirsi , ma dovessero avere un certo spazio all' intorno , il quale spazio si chiamava *ambitus*.

Aumentato il numero della popolazione , le case cominciarono a fabbricarsi unite, ma più case unite erano chiuse da una cinta comune a tutte , e codesta unione di case cinte da muro comune si chiamava *insula*, la quale era custodita da servi detti perciò *insularii*, come sarebbero i nostri guardaportoni. Fra l'una e l' altra isola si lasciava uno spazio ch' era chiamato *angiportus*.

Ma la popolazione aumentava sempre più e presero a fabbricarsi

---

(1) Anche per Codice Civile v' hanno limitazioni nel senso preciso qui tracciato, e tali limitazioni sono imposte per utilità pubblica o per utilità privata art. 534 e 535.

Per le limitazioni dettate da motivi di pubblica utilità debbono osservarsi le Leggi e i regolamenti speciali, art. 534.

Per quelle dettate da motivi di utilità privata, il Codice Civile si occupa più specialmente delle limitazioni alla proprietà urbana, art. 535, 545 e seg.—Tratta di qualche limitazione alla proprietà rustica, art. 575 a 582 e per le rimanenti si rimette alle Leggi e regolamenti sulla polizia campestre, art. 535.

Digitized by Google

case unite senza alcuno spazio che rispondesse all' *ambitus* o all' *angiportus*.

Per altro l' imperatore Nerone richiamò in vigore l' antica forma dell' *ambitus*, ed ordinò che le case si fabbricassero staccate l' una dall' altra. Di poi gl' imperatori Antonino e Vero disposero che si potessero fabbricare case unite con la forma dell' *angiportus*. Ecco perchè nelle Leggi Romane trovasi così spesso adoperata la parola *insula* per case di abitazione.

Per riguardo poi al pericolo di ruine derivanti dalla caduta delle case, si provvedeva con l' azione di danno temuto quando si trattasse di vecchie case che minacciassero di cadere, e noi ne abbiamo parlato a'§§ 354 e 361, e si provvide per legge a limitarne l'altezza.

È certo che le case molto alte offrono qualche pericolo di caduta e cagionano danno ai vicini, specialmente perchè tolgono ad essi il beneficio del sole e della vastità dell' orizzonte. Onde l' Imperatore Augusto dispose che le case non dovessero avere altezza maggiore di 70 piedi. Trajano la limitò anche più a 60 piedi. Severo ed Antonino rescrissero che codesta limitazione dovesse tenersi ferma.

Tali restrizioni alla libertà di fabbricar case, come ciascuno vede, non sono certamente servitù, perchè il fondo non serve all' altro fondo, ma sono discipline dettate per interesse pubblico, affinchè la Città non fosse funestata da incendii, nè deformata da ruine. La limitazione poi per l' altezza delle case fu dettata non solo per interesse pubblico, ma anche per interesse privato, per non scemare ai vicini il vantaggio della luce e dell' orizzonte (1).

---

(1) Per la costruzione delle case, debbonsi oggi osservare le Leggi e regolamenti speciali, e specialmente i regolamenti edilizi, art. 534.

Ma oggi il proprietario del fondo contiguo ad una casa, non è obbligato a lasciare alcuna distanza se vuol fabbricare, e può render comune il muro del vicino pagando la metà del valore del muro e del suolo, salvo che il proprietario del suolo preferisca di estendere contemporaneamente il suo edifizio sino al confine, art. 551, 556, 570. Chi fabbrica ha però la facoltà di evitare la comunione, mantenendosi alla distanza di un metro e mezzo dal confine, art. 571, nel quale caso il vicino che voglia fabbricare deve da sua parte lasciare anche la distanza di un metro e mezzo dal confine, art. 571, di modo che, la distanza fra le due fabbriche dev'essere di tre metri.

Come si vede, la Legge vigente tende alla comunione dei muri per le case, e cerca di evitare spreco di suolo, e ciò per principii d'armonia tra vicini, e di economia di muri e di suolo.

Digitized by Google

Comunione dei muri.

§ 477. La comunione de'muri, che oggi è tanto frequente, si verificava sovente anche presso i Romani, non ostante che per la costruzione delle case vi fossero quelle dure limitazioni delle quali si è discorso. Così, se alcuno fosse stato proprietario di due o più case unite (*insula*) e ne avesse fatto legato a due o più persone, i muri divisorii divenivano comuni tra i legatarii. Così del pari, se due o più persone avessero fabbricato case unite fra loro (come ad esempio tre fratelli che si avessero fabbricato un' *insula*), i muri divisorii erano comuni.

Or per Diritto Romano il muro potea esser comune *pro diviso* ovvero *pro indiviso*, secondochè non si fosse ovvero si fosse espressamente o tacitamente contratta società del muro. Nel primo degli esempi ora riportati i muri erano comuni *pro diviso*, e nel secondo erano comuni *pro indiviso*.

Se il muro era comune *pro diviso*, ognuno de' compadroni poteva fabbricare sopra la sua metà e immettervi travi od altro, senza che però l' opera inclinasse dalla parte dell' altro padrone, il quale poteva chiedere cauzione pe' danni se ve ne fosse stato pericolo.

Se poi il muro era comune *pro indiviso*, niun compadrone poteva erigervi sopra alcun edifizio, il quale non fosse stato comune all'altro compadrone.

Per altro, o il muro fosse stato comune *pro diviso*, o fosse stato comune *pro indiviso*, v'erano due regole che doveano osservarsi sempre.

La prima era che niuno dei compadroni potea fare innovazioni al muro comune (come per esempio, aprir luci, ecc.) senza il consenso dell'altro. Molto meno alcuno de'compadroni potea danneggiare il muro.

La seconda era che l'innovazione veniva permessa all'uno dei compadroni se ve ne fosse stata necessità, come ad esempio, riparare il muro cadente.

Non vi era mai facoltà nel proprietario di un fondo contiguo al muro altrui, di rendersela comune pagando la metà del valore del muro medesimo (1).

---

(1) La comunione dei muri è molto più estesa per Codice Civile, il quale tende a render comuni i muri per principii d'armonia tra vicini e di economia. Non solo vale pei muri ciò che si è detto per le case nella precedente nota, art. 551, 556, 570; ma v'ha di più che pei muri di cinta, ciascuno può costringere il vicino a costruirli in comune, e se il vicino non vuole, è obbligato a cedere la metà del terreno su cui il muro di separazione dev'essere co-

Digitized by Google

Distanze.

§ 478. Per le distanze v'erano norme diverse, secondochè si trattasse di costruzioni, piantagioni, od altre opere presso il fondo rustico altrui, ovvero si trattasse di costruire abitazioni presso l'abitazione altrui.

La distanza per le opere presso il fondo rustico altrui muoveva dalla ragione che non conveniva arrecar danno al vicino. Onde era stabilito che non potea oltrepassare il proprio confine chi volea piantare in esso una siepe — che dovea lasciare un piede di distanza dal confine chi avesse voluto farvi una macerie — due piedi se avesse voluto fabbricare una casa d'accosto al fondo rustico altrui — nove piedi per l'albero di fico o di olivo -- cinque piedi per gli altri alberi. Per la fossa dovea lasciarsi uno spazio uguale alla sua profondità. — Pel pozzo un passo di distanza.

In quanto poi alla distanza che dovea passare per le abitazioni che volessero costruirsi presso altre abitazioni, le ragioni che muovevano il Legislatore erano tre, cioè di togliere al vicino il pericolo d'incendio, di evitare i danni derivanti dalle ruine, e di non far arrecare molestie con occhi d'introspetto.

Dapprima la distanza fra l'una e l'altra casa fu di due piedi e mezzo, i quali costituivano l'*ambitus*, del quale abbiamo innanzi discorso. Ma si vide poi che la distanza era troppo ristretta e sotto gl'Imperatori fu stabilito che chi volesse fabbricare case, dovesse farlo alla distanza di 15 piedi dagli edificii pubblici, di 22 piedi dalle case private, e se vi fosse stata di mezzo una strada o una piazza bastavano 12 piedi. Dovea esservi la distanza di 100 piedi se si toglieva la vista del mare.

Che se si fosse in qualunque caso fatta un'opera a minore distanza

---

struito. Il vicino però che ha ceduto tale metà di terreno su cui il proprietario contiguo ha costruito il muro, può renderlo in ogni tempo comune, pagando la metà del valore, art. 559, 560, 561.

Oggi è sconosciuta la distinzione tra comunione *pro diviso* e *pro indiviso* de'muri.

Chi ha la comunione del muro può alzarlo, ma l'altro comunista può acquistarne la comunione pagando la metà, art. 553 a 555, può immettervi travi ed altro, art. 551, 552, ma non può farvi opera che riesca dannosa all'altro comunista, art. 557, 558. Ciascuno dei comunisti è obbligato alle spese necessarie per la conservazione, salva la facoltà di liberarsi dalla spesa coll'abbandono del suo diritto di comunione, art. 549, 676. Non può il comunista aprir luci o finestre, art. 583.

Digitized by Google

di quella stabilita dalla legge, tale opera si abbatteva, e il luogo si rimetteva *ad pristinam formam*, se pure non si fosse pattuita una servitù (1).

Luci e prospetto.

§ 479. Per le luci e pel prospetto i Romani facevan valere soltanto il principio del diritto di proprietà. Onde era permesso a ciascuno di edificare e di aprire luci o vedute nel fondo proprio, rispettando la distanza legale dal confine, ma il proprietario del terreno contiguo avea la stessa facoltà, cioè di alzar muri e fabbricar case alla distanza legale dal confine medesimo, e fare nelle case tutte quelle aperture che credesse, scemando la luce e togliendo l'orizzonte al vicino. Per privare il proprietario del terreno contiguo di tale facoltà, che sorgeva dal diritto di proprietà, non v'era altro mezzo che costituire delle servitù, quali sarebbero state quelle *altius non tollendi* o *ne luminibus officiatur* (2).

---

(1) Anche oggi si distinguono le distanze delle opere che si fanno presso il fondo rustico altrui, e le distanze per riguardo alle abitazioni.

Per le prime, vale il principio del danno che deve evitarsi al vicino, e dell'armonia tra i proprietarii contigui. Onde per le case e pe'muri che accostano i fondi rustici valgono le regole innanzi precisate per le case e pei muri. — La siepe può farsi al confine. Arg. art. 568. — Per gli alberi debbono osservarsi le distanze stabilite da'regolamenti locali, ed in mancanza di questi, debbono osservarsi le distanze varie stabilite dalla legge, art. 579 e 580. — Per la fossa deve lasciarsi uno spazio uguale alla sua profondità, art. 575. — Pe'pozzi due metri, se non vi sono regolamenti locali, art. 573.

Riguardo poi alla distanza tra le abitazioni si osservano le norme precisate d'innanzi a proposito di esse.

(2) Per Codice Civile se il muro è al confine o a distanza minore di un metro e mezzo da esso, si possono aprire sole luci con invetriate e inferriate fisse e ad altezza determinata. Ma il vicino può acquistare la comunione del muro e chiudere tali luci appoggiandovi un suo edifizio, art. 571, 572. — Se poi il muro è a distanza di un metro e mezzo dal confine, o se v'interceda la strada pubblica, si possono aprire vedute dirette o finestre a prospetto, art. 587.—Per le vedute laterali od obblique basta mezzo metro, art. 587.

La differenza dal Diritto Romano si spiega da che si son voluti meglio avvicinare ed armonizzare gli animi de'proprietarii contigui ad una reciproca tolleranza.

Digitized by Google

Stillicidio

§ 480. Lo stillicidio sia cadente a gocce (*stillicidium*), sia raccolto in tubo da cui l'acqua esce unita (*flumen*), non può farsi cadere sul suolo altrui, senza costituire una servitù, onde deve cadere sul fondo proprio o sul suolo pubblico (1).

Però per lo stillicidio si abbia presente quanto è detto parlando della *servitus stillicidii vel fluminis recipiendi vel non recipiendi* tra le servitù urbane.

Regola generale per le discipline imposte per interesse privato.

§ 481. Per tutte le discipline o limitazioni imposte per interesse privato è regola comune che ciascuno può rinunciare al diritto che gli vien dalla legge, e che rinunciandovi sorge una servitù prediale. La rinuncia si ammette perchè trattasi d'interesse privato, là servitù sorge perchè vien tolta l'eguaglianza tra vicini. Così se un vicino rinunzi al diritto di vedere aperte sole luci nel muro del vicino, e consente all'apertura di finestre, si avrá la *servitus prospectus*.

Se un vicino consenta che cada sul suo fondo lo stillicidio della casa di altri a lui contigua, si avrà la *servitus stillicidii* (2).

---

(1) Teoria uniforme, art. 591.
(2) Teoria uniforme, argom. art. 531 e 1236.

Digitized by Google

SERVITÙ DELLE ACQUE

§ 482. Il diritto civile versa, come ognun sa, sulla ragion privata, e si occupa perciò della ragion privata delle acque. Le quali ànno d'altro canto la loro parte molto importante di ragion pubblica, che è materia di diritto amministrativo, mercantile, ed internazionale. Limitati come siamo alla sola materia di diritto civile, innanzi di esporre un tale argomento, crediamo necessario premettere alcune idee comuni anche alla ragion pubblica, e la cui cognizione è indispensabile per bene intendere la teoria di ragion privata.

La più semplice e sicura divisione che possa farsi delle acque è che esse sono marittime, pluviali, e continentali.

Acque marittime.

§ 483. Nel mare i romani distinguevano le acque dal lido, chiamando *mare* le une, *littus maris* l' altro. Il mare era cosa comune a tutto il genere umano per la immensità delle acque e perchè riesce impossibile la occupazione. Il lido del mare da una parte era cosa comune a tutti perchè altrimenti sarebbe riuscita inutile la libertà e la comunanza de'mari, ma d'altra parte era soggetto all'imperio del popolo romano pel dritto di difesa e di sicurezza (1).

Acque pluviali.

§ 484. È acqua pluviale (*acqua pluvia*) quella che cade dal Cielo, ma se l'acqua continentale straripi per causa di pioggia, si ritiene come pluviale quella che à straripato, sia perchè è impossibile di-

(1) Oggi si distingue l'alto mare dal mare littorale: l'uno è comune a tutti, ma per l'altro, come ancora pel lido, la teoria è diversa dalla Romana. Si è meglio fermato il principio dell'impero della nazione sul lido del mare, e si dichiara nettamente che il lido fa parte del demanio pubblico art. 427 Cod. Civ. E la signoria dello Stato si è estesa anche alle acque che lo bagnano e fino al punto più lontano in cui possano essere difese col tiro del cannone. La ragione sta nella difesa e nella sicurezza nazionale, e nella possibilità della occupazione del mare littorale, ciò che non può essere dell'alto mare. Per altro lo Stato non à nel mare littorale un vero dominio, altrimenti si sarebbe urtato il principio di natura della libertà de'mari. Veggansi art. 139 e segnenti, 157 e seguenti Codice per la marina mercantile.

Digitized by Google

scernere in tal caso l'una dall'altra acqua, sia perchè senza il concorso dell'acqua pluviale non si sarebbe verificata quell' eccedenza.

Tra le acque pluviali rientrano le nevi e i ghiacci, non solo perchè provvengono dalla pioggia , ma anche perchè non passano sulla terra se non per un effetto particolare della temperatura dell'aria.

Or per le acque pluviali il principio di diritto è che sono di proprietà del proprietario del fondo su cui cadono , e durante il loro corso sono di proprietà di quelli i cui fondi ne sono attraversati o i cui fondi ne sono lambiti.

Onde non è dubbia la proprietà delle acque pluviali raccolte nelle cisterne (*cisternae*) ovvero ne'serbatoi (*conceptacula*) (1).

Acque continentali.

§ 485. Tutte le acque continentali si distingouo in tre classi, cioè sono sorgenti, correnti e stagnanti.

Acque sorgenti.

§ 486. Le acque sorgenti si riducono alle fonti (*fontes*). E le fonti sono naturali o artificiali. Naturali son quelle nelle quali l'acqua è data spontaneamante dalla natura, senza che l'opera dell'uomo siasi impiegata a fare ricerca dell'acqua, ovvero a darle un indirizzo qualunque. Artificiali son quelle nelle quali è concorsa l'opera dell' uomo e per un determinato fine. Se il fine è la dispensa dell' acqua per gli usi della vita, si à la fontana (*fontana*) che è opera d'architettura per la quale l'acqua d'ordinario zampilla in aria. Se il fine è la dispensa dell'acqua per usi agrarii si à il fontanile (*fontanile*), per lo quale l'acqua, ricercata in uno scavo più o meno profondo dalle vene o polle che stanno sotterra, scorre ne'canali. Se il fine è la provvista per usi domestici si à il pozzo (*puteum*) (2). Or nella fontana e nel fontainile si debbono distinguere tre parti, cioè la *testa* (*caput fontis*) ove l'acqua si raccoglie ed ove stanno i vasi cilindrici, la *gola* ove l'acqua comincia sgorgare, e l' *asta* ove l' acqua s' incanala.

---

(1) Teoria uniforme, art. ed argomento art. 443 e 543 Cod. Civ., 36, 39, 51 e 60 Legge de'Lavori pubblici.

(2) Oggi v'è anche il pozzo artesiano che é uno scavo di minor diametro, ma a grande profondità, per lo quale l'acqua rimonta alla superficie, producendo d'ordinario un potente getto che serve ad usi industriali, agrarii, e domestici.

Digitized by Google

Per l'acqua in qualunque modo sorgente, il principio generale di dritto è — *aqua quae nascitur in fundum meum mea est* (1).

Acque correnti.

§ 487. Nelle acque correnti rientrano i rivi, i canali, i fossi, i fiumi e i torrenti.

I rivi (*rivi*), i canali (*canales*), le fosse (*fossae*) ànno un punto comune di contatto, riducendosi tutti a cavi pe'quali l'acqua corre. Ma per adattarsi anche alla intelligenza delle vigenti leggi, giova prendere il rivo in senso stretto, e il canale in senso lato, avvertendo che in diritto romano il *rivo* si definiva — *locus per longitudinem depressus ex quo aqua currit* — cosicchè la parola *rivus* significava qualunque corso d' acqua che non fosse fiume, e perciò indicava una corrente di qualunque dimensione: e la parola *canalis* si adoperava di rado come sinonimo di *rivus*, e più di frequente come condotto di legno o di pietra.

Il rivo, preso così in senso stretto e per contrapposto a' canali, è un lieve corso d'acqua, che à pochissima o niuna influenza sull' agricoltura o sull'industria, e che sovente dà principio a'fiumi e a'torrenti. Per esso vale il principio — *aqua quae nascitur aut ingreditur in fundum meum, mea est.* Ond'è certa la proprietà de' serbatoi (*conceptacula*) di tali acque (2).

Il canale, preso in senso lato, è il varco per cui scorre l' acqua, e può essere naturale o artificiale, e l'artificiale si distingue in dispensatore, derivatore, e scaricatore. Il dispensatore è quello dove corre la massa dell'acqua dalla quale si fa la derivazione. Il derivatore è quello per lo quale l' acqua sottratta viene condotta al luogo destinato al rispettivo impiego. Lo scaricatore è quello per lo quale l'acqua viene scaricata. Si fanno altre distinzioni de'canali, ma è bene non turbare la semplicità delle idee nella mente de'giovani, dal momento che possono tutti i canali ridursi a quelle tre principali funzioni.

Il fosso può anch'esso essere naturale o artificiale, ma nella materia delle acque è sempre scaricatore, e serve per lo scolo delle acque pluviali e pel risanamento delle terre.

Per riguardo alle acque che scorrono ne' canali o ne' fossi, il principio di diritto è che le acque che vi scorrono sono in gene-

---

(1) Per Codice Civile il principio è uniforme, art. 540. Nello *scarico d'acqua* si parlerà della limitazione odierna per le acque di sorgenti somministrate agli abitanti di un comune.

(2) Teoria uniforme, art. 443 540 e 543 Cod. Civ.

Digitized by Google

rale di proprietà del proprietario del canale o del fosso, tenendo sempre come guida ne'canali o fossi naturali il principio *aqua quae nascitur aut ingreditur in fundum meum mea est* (1).

I fiumi (*flumina perennia*), e i torrenti (*flumina torrentia*) sono que' corsi d'acqua che possono avere una influenza sulla navigazione, sull'agricoltura, e sull' industria. La differenza tra il fiume e il torrente sta in ciò che il volume dell' acqua fluente è nel fiume presso a poco costante, mentre nel torrente cresce e manca rapidamente.

Per la loro importanza si son fissati principii di diritto e per l'insieme de' fiumi e de' torrenti, e per ciascuna delle parti onde sono composti.

Quanto all'insieme, vi son due principii. Il primo è che il fiume e il torrente sono di proprietà del popolo, cioè della nazione ove scorrono (2). Il secondo è che l'acqua corrente (*acqua profluens*) è cosa comune a tutti, a somiglianza del mare, e le ragioni sono quelle stesse cennate pel mare nel § 483 perciocchè è impossibile far propria e custodire tutta l'acqua di un fiume o di un torrente nell'atto che l'acqua fluisce. Come in effetti potrebbe farsi per arrestare il corso di un fiume? L'abbondanza poi dell'acqua permette a tutti di attingerne (non già di derivarla), di navigarvi se il fiume è navigabile ec. (3).

Quanto poi alle parti del fiume e del torrente, esse son tre, cioè alveo, ripe, ed acqua. Per l'alveo il principio è che niuno può mutarlo di propria autorità (4). Per la ripa è che ciascuno à il diritto di munire la ripa rispondente al proprio fondo per non risentire danno dalle acque, senza che però arrechi nocumento a' vicini o ai frontisti (5). Per l'acqua è che l' acqua deve principalmente servire alla navigazione e secondariameute all'uso de' rivieraschi, i quali potevano perciò fare una derivazione d'acqua da un fiume non navigabile, ma non lo potevano ne'fiumi navigabili o confluenti ai navigabili (6).

(1) Teoria uniforme, art. 443, 540, 543, 599 Cod. Civ. Ma tali principii vanno oggi anche contemperati con l'obbligo di restituire le colature e gli avanzi al corso ordinario, art. 543, e di ciò parleremo allo *scarico d'acqua*.

(2) Per Codice civile tutti i fiumi e i torrenti fanno parte del demanio pubblico, art. 427.

(3) Teoria uniforme, art. ed argomento articolo 141 e 145 Legge de'lavori pubblici.

(4) Teoria uniforme, art. 165 Legge de'Lavori pubblici.

(5) Teoria uniforme, art. 98 103 e 124 Legge de'Lavori pubblici.

(6) Anche oggi il fiume deve principalmente servire alla navigazione, art. 140 Legge de'Lavori Pubblici; ma l'acqua è del Demanio art. 427 Cod. Civ., sia o no navigabile il fiume, e i rivieraschi non possono mai farne una derivazione senza autorizzazione governativa, art. 132 e seguenti Legge de'Lavori Pubblici. Tale punto sarà meglio schiarito or ora parlando della presa d'acqua.

Digitized by Google

Acque stagnanti.

§ 488. Nelle acque stagnanti rientrano i laghi (*lacus*), gli stagni (*stagna*), e le paludi (*paludes*).

I laghi sono grandi bacini naturali in cui l'acqua si perpetua mediante le piogge, lo scioglimento delle nevi, e le sorgenti.

Gli stagni sono bacini naturali o artificiali, in cui l'acqua si raccoglie anche con lo scioglimento delle nevi, con le pioggie, e con le sorgenti, ma l'acqua non si perpetua, e invece aumenta nell'inverno e scema di molto o manca del tutto nell'està.

Le paludi sono estensioni di terreno coverte da acque assai basse e melmose.

Or tanto i laghi, quanto gli stagni e le paludi possono essere di proprietà del popolo, di università o di privati, e le acque contenutevi sono del proprietario rispettivo (1).

Acque pubbliche e private, vive e morte.

§ 489. A compimento di queste idee preliminari, fa mestieri parlare delle altre due distinzioni molto importanti nella teoria delle acque, cioè delle acque pubbliche e private, delle aque vive e morte.

Ogni cosa materiale, considerata in se stessa, non è nè pubblica nè privata, ma per la relazione con la quale viene rivestita acquista l'una o l'altra qualità. Se la cosa à una relazione solidale e complessiva a tutta la società, è considerata come pubblica; se invece manchi questa complessiva relazione, è privata. Or nella materia delle acque, la relazione che fa distinguere l'acqua in pubblica o privata è fatta dal legislatore, e l'uso, come or ora vedremo parlando della proprietà delle acque, viene per le acque a confondersi con la proprietà. E però è acqua pubblica quella la quale per la sua destinazione e pel suo uso è riservata allo Stato, ovvero è consacrata a tutti i membri che compongono un dato pubblico; è acqua privata per lo contrario quella la quale non à questa destinazione e quest'uso. Così l'acqua dei fiumi è pubblica: l'acqua delle sorgenti, che stanno ne' fondi dei privati, è privata (2). Di che segue che, cessata la destinazione e l'uso di un acqua verso lo Stato, ovvero verso tutti i membri

(1) Oggi possono essere del Demanio, de' Comuni, e dei privati, e le acque sono di ciascun proprietario, art. ed argom. art. 131, 140 e seguenti. Legge de'Lavori Pubblici, ed art. 443 e 455 Cod. Civ.

(2) Teoria uniforme, art. 427 e 540 Cod. Civ.

Digitized by Google

di un dato pubblico, l' acqua come ogni altra cosa pubblica passa ad esser privata. E così se è pubblica l'acqua che scorre nel fiume, l'acqua derivata da essa per concessione governativa non è più pubblica ma privata (1).

Riguardo poi all' altra distinzione di acque vive e acque morte, le acque son ritenute come vive quando ànno una spinta originale e perpetua, come sono le sorgenti e le correnti che mettono capo ad una o più sorgenti, e son ritenute come morte quelle che àn perduto tale spinta originale e perpetua, come sono le acque di scolo dopo l'irrigazione (2).

Altre numerose distinzioni si fanno nella materia delle acque, cui si danno diversi altri predicati, ma la mente de' giovani verrebbe a intorbidarsi e a stancarsi nella parte elementare, e ci riserviamo dirne di alcune quando cade a proposito parlarne, discorrendo della ragion privata.

RAGION PRIVATA DELLE ACQUE.

§ 490. Nella ragion privata rientrano le acque pluviali e continentali.

Or la proprietà di tali acque è di un' indole tutta speciale perchè consiste soltanto nell'uso, e sempre di scarsa parte. É la natura che così vuole affinchè tutti possano profittare di un elemento tanto necessario e tanto utile. Onde quelle acque ànno un continuo moto, si spandono a distanze considerevoli, riescono di nocumento qualora se ne tolga oltre il bisogno, e, quel ch'è più, dopo fattone uso debbono gittarsi. Ma non ostante la mobilità dell'acqua, essa è noverata tra le cose immobili, *quia videtur portio agri*, e ciò fino a quando l'acqua non sia tolta dal luogo naturale, ad esempio con qualche recipiente (3).

È massima la importanza di tali acque nel Diritto Civile, sia pe' vantaggi, sia pe' danni che possono arrecare. I vantaggi principali sono per l'alimento dell'uomo, per la fecondità dei terreni, per la forza motrice: i danni principali sono per le inondazioni, per le acque stagnanti, e specialmente per le paludi, per la corruzione dell'acqua già usata. Onde si spiega la sollecitudine che tutti i legislatori ànno sempre impiegato per regolare tal materia.

La ragion privata nella teoria delle acque va naturalmente distinta in quattro punti. Perciocchè quando alcuno à bisogno di

---

(1) Teoria uniforme, art. 132, 133 e seguenti della Legge de'Lavori Pubblici.
(2) Teoria uniforme, art. 656 Cod. Civ.
(3) Teoria uniforme, art. 412 e 531 Cod. Civ.

Digitized by Google

acqua, deve prenderla dove sta, onde la *presa d'acqua*. Ma non basta prenderla perchè dopo che si è presa bisogna portarla, onde la *condotta d'acqua*. Se l'acqua si prende e si conduce, ciò sempre accade per un uso che si voglia farne, onde l'*uso di acqua*. Dopo l'uso, convien gittarla via, altrimenti l'acqua si rende pestilenziale, onde lo *scarico d'acqua*.

Codesti sono i quattro punti ne'quali con la maggiore chiarezza e brevità svolgeremo gli elementi di questa importante teoria.

I.

Presa d'acqua.

§ 491 La definizione della presa d'acqua è — *jus aquam alienam ad praedii nostri utilitatem hauriendi.* La presa d'acqua si fa per derivazione, la quale significa estrazione d'acqua da una sorgente o da una corrente, e si pratica quasi sempre ne'fiumi (1).

Or per riguardo a' fiumi, come già si è cennato al § 487, per diritto romano l' acqua di essi dovea principalmente servire alla navigazione, e secondariamente all' uso de' rivieraschi. Per lo che dall' acqua del fiume navigabile o confluente al navigabile non era permesso fare una derivazione, e invece dall' acqua del fiume non navigabile potevano farla i rivieraschi sotto due condizioni, cioè che il fiume non si disseccasse, e che il rivierasco il quale derivava l' acqua non apportasse danno agli altri rivieraschi. L'interesse pubblico faceva prevalere la navigazione sopra ogni altro interesse privato. Il diritto alla derivazione dell' acqua del fiume sotto le condizioni ora cennate, poggiava sul principio di proprietà, ritenendosi come dotazione del fondo l' acqua che lo lambisce o lo traversa, e anche come compenso de' danni che sovente il fiume apporta (2).

(1) D'ordinario per la derivazione è necessaria un'opera composta di fabbrica e di tavole, la quale opera si chiama *edificio derivatore.* Questo à una bocca da cui sgorga l'acqua, bocca che può essere libera o limitata, e può aprirsi e chiudersi mediante uno sportello: il punto lambito dall'acqua sotto allo sportello, si chiama *incile.* Per avviare l'acqua, in tale edifizio, e specialmente l'acqua de'fiumi, si fa una *chiusa*, cioè un rilievo di pietre, o altro che sia, trasversalmente al fiume, cosicchè le acque si alzino e prendano la pendenza.

(2) In quasi tutta Europa invalse poi il sistema di distinguere anche i fiumi navigabili da'non navigabili. Pei navigabili venne vietata la derivazione senza autorizzazione governativa, e pe'non navigabili la derivazione fu permessa a'soli rivieraschi con l'obbligo di restituire le colature al corso del fiume. Ma nel Piemonte e nella Lombardia venne da vecchio tempo stabilito il principio che la proprietà delle acque di tutti i fiumi e torrenti, fossero o no navigabili, era dello Stato, il quale dietro lieve retribuzione doveva farne equa dispensa per

Digitized by Google

§ 492. Premesse tali nozioni, le norme per la presa d'acqua vengono a linearsi sotto sei aspetti diversi, cioè — 1 per la quantità nella dispensa dell' acqua — 2 per la distribuzione in ruota o vece — 3 per le acque sorgenti nel canale — 4 pel tempo in cui la presa d' acqua devesi operare — 5 per la *chiusa* occorrente nelle derivazioni — 6 per gli scavi onde trarre acqua alla superficie. E noi ne parleremo nei sei seguenti punti.

Relativamente alla quantità nella dispensa dell' acqua, la servitù di presa si costituisce — 1 o per tutta l' acqua che scaturisce da una sorgente o che provviene da una corrente — 2 o per un determinato servizio senza esprimerne la quantità, come ad esempio per inaffiare un qualche terreno coltivato a riso — 3 o per una quantità determinata come ad esempio due oncie d' acqua ovvero due litri d'acqua al minuto. Nel primo caso non vi può esser dubbio pel diritto alla presa di tutta l'acqua. Nel secondo vi è diritto all' acqua necessaria al servizio contemplato — Nel terzo vi è diritto ad avere la quantità di acqua che si è pattuita.

Ma per dare l' acqua necessaria ad un determinato servizio ordinariamente bisogna misurárla; e per dare una quantità d' acqua giusta il patto stabilito, la misura è sempre indispensabile.

Qualunque misura si fa col rapporto ad una unità conosciuta, e così per esempio per misurare una botte di vino si prende una unità di misura, la quale può essere l' ettolitro o la salma napolitana ecc.

Codesta unità di misura conosciuta, il cui rapporto è necessario per conoscere la quantità d' acqua, in diritto Romano si chiamava *modulus aquarius* ed era costituita dall' *uncia* corrispondente presso a poco ad un litro odierno (1).

---

gli usi agrarii e industriali, mantenendo sempre intatta e libera la navigazione. Il sistema Piemontese e Lombardo è sanzionato dal dritto vigente, articolo 427 Cod. Civ. e art. 132 e 139 Legge de'Lavori Pubblici. La ragione di una così grave differenza di principio e per un elemento così cospicuo qual'è quello dell'acqua de'fiumi, è di essersi voluto a tal modo dare ampio sviluppo a'vantaggi cui l'acqua per sua natura è destinata, perchè chi à bisogno di acque e chi può sostenerne le spese per profittarne anche a grande distanza, può ottenerla. La limitazione fatta pe'fiumi non navigabili di poter profittare delle acque i soli rivieraschi con l'obbligo di restituire gli avanzi al corso ordinario, menava all'effetto che il tesoro delle acque de'fiumi andava quasi del tutto perduto a mare, anche perchè era dubbio e contrastato se il rivierasco potesse cedere ad altri le acque che a lui potevano spettare, e d'altronde per invidia o ingordigia di danaro i rivieraschi mettevano ostacolo al libero sfogo delle acque in mano di chi avrebbe potuto utilmente usarne.

(1) Oggi per codice civile l'unità di misura si chiama *modulo* ed è costituita da un metro cubo d'acqua il cui millesimo risponde precisamente ad un litro, art. 622 Codice Civ.

Digitized by Google

Per lo che riesce di molto interesse la forma dell' edifizio di derivazione e specialmente la forma della bocca di emissione d'acqua, la quale bocca decide della quantità, onde sorgono vive controversie fra i contraenti.

I criterii di dritto per decidere rettamente intorno alla forma del módulo e specialmente della bocca sono. — Innanzi tutto la convenzione espressa, nella quale ordinariamente si alliga un profilo fatto dagl' ingegneri (*pactum*) 2 In secondo luogo la convenzione tacita mediante il possesso dell' edificio costrutto (*observantia*) — 3 In terzo luogo la determinazione del giudice (*officium*) (1).

2. I Romani conoscevano, ancora la distribuzione delle acque per ruota o per torno, come voglia dirsi, cioè la serie successiva dell' uso dell' acqua di uno stesso canale o di una stessa corrente fra varii utenti, e la chiamavano *dispensatio per vicem*. Ma l' agricoltura, allora non ancor progredita, non avea destato quell' interesse per l' acqua che si è dipoi sentito nei secoli a noi più vicini, e specialmente in Alta Italia, ove il sistema delle acque forma uno spettacolo grandioso e senza esempio. Onde il legislatore di quel gran popolo è giustificato se non dettò norme precise su questo argomento (2).

3. Per le acque sorgenti nel canale derivatore (*aqua oriens in rivo*), il precetto è che spettano all' utente durante il suo uso: *aqua quae in rivo nascitur, tacite lucri fit ab eo qui ducit*. La ragione è che riesce impossibile discernere l' acqua sorgente nel canale dall' acqua che vi corre, e inoltre codesta miscela di acque sorgenti e correnti è un'accidentalità che va a vantaggio di chi nel momento gode dell' acqua corrente (3).

4. Per riguardo al tempo in cui la presa devesi operare, l'acqua si distingue in

Estiva e jemale (*aestiva et hyemalis*) secondochè se ne possa fare uso nella sola està o nel solo inverno. E qui giova avvertire che le

(1) Teoria uniforme art. 620, 621, 622 Cod. Civ.

(2) Le norme dettate sul proposito dal Cod. Civ. son due. La prima è che il tempo che l'acqua impiega per giungere fino alla bocca della derivazione dell'utente si consuma a carico di costui e non di quello che dispensa l'acqua, perchè il tempo impiegato è necessario al servizio dell'utente medesimo, articolo 625 Cod. Civ. La seconda è che la coda dell'acqua cioè l'acqua corrente che resta dopo chiusa una porta del canale per far usare un utente superiore, spetta all'utente inferiore di cui cessa il turno, perchè costui è il più vicino all'acqua rimasta e perchè questa ordinariamente serve di compenso alla sofferta perdita di tempo, art. 625 Cod. Civ.

(3) Teoria uniforme art. 624 Cod. Civ. Ma il Codice per le stesse ragioni estende tale teoria anche alle acque *sfuggite*, cioè a quelle acque che si sperdono contro la fissata destinazione e che restano nel canale art. 626 Cod. Civ.

Digitized by Google

stagioni per l'acqua sono due, cioè l' està dall' equinozio di primavera a quello di autunno, e l' inverno dall' equinozio di autunno a quello di primavera, vale a dire dal 21 marzo al 21 settembre e viceversa.

Continua, quotidiana, e tornaria (*continua*, *quotidiana*, *et per vicem*) secondochè se ne possa fare uso in ogni istante, ovvero in alcune ore del giorno o della notte, ovvero ad intervalli di giorni, settimane, mesi ec.

Diurna e notturna (*diurna et nocturna*), secondochè se ne possa fare uso dal sorgere al tramontare del sole, e viceversa. Sebbene pei romani il giorno civile cominciasse dalla mezza notte (vedi § 305), pure nella materia delle acque essi vollero ritenere il giorno e la notte naturali, perchè pel godimento dovea contrapporsi l'uno all' altra con un segno evidente, che fissarono all'apparire del sole (1).

5. Per la derivazione d' acqua, l' utente non poteva per diritto Romano senza una convenzione co' proprietarii delle sponde del fiume, o di altra corrente appoggiarvi una *chiusa*, nel fine di elevare l'acqua all' altezza necessaria, per dare il pendio. (Vedi prima nota al § 491). La ragione stava nel diritto di proprietà, ed anche perchè la condotta dell'acqua non era forzosa, come ora spiegheremo parlando della condotta (2).

6. In quanto agli scavi per trarre l' acqua alla superficie, ogni proprietario di fondi può farne a piacere, anche quando co' suoi scavi tagli le vene e sottragga dell' acqua nella fonte dell' altro, e giunga pure ad asciugarla. La ragione è che chi è proprietario di un fondo, lo è dal Cielo agli abissi (vedi § 366), onde à diritto di scavare e tirare in su le acque che vi corrono, e chi esercita un diritto non arreca mai danno ad altri (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 623 e 624 Cod. Civ. Inoltre il Codice contradistingue il giorno festivo dagli altri giorni, perchè per la ricerca che oggidì si fa dell'elemento delle acque, si pattuisce l'uso ne'giorni festivi per l'agricoltura, mentre in tali giorni le machine animate dall'acqua per ragione d'industria sogliono restare inoperose. E così le acque ne'giorni festivi lasciano di essere motrici e diventano fecondatrici. Sono festivi i giorni che erano tali al tempo del contratto, art. 624 Cod. Civ.

(2) Per Codice Civile non potea farsi a meno di dar facoltà a chi deriva acqua di appoggiare o infiggere una *chiusa* alle sponde del fiume, della corrente ec., perchè à fissato il principio novello della condotta forzosa delle acque di cui ora parleremo, essendo il Codice sempre inteso a spandere il tesoro delle acque, senza limitarle ai rivieraschi, come si è detto in nota al § 491. Per la facoltà d'infiggere una chiusa veggasi l'art. 613 Cod. Civ.

(3) Per Codice Civile chi scava deve invece osservare quelle distanze ed eseguire quelle opere che sieno necessarie per non nuocere alle acque di cui altri già gode. La ragione è che importa grandemente all'agricoltura e all'industria

Digitized by Google

II.

Condotta d' acqua.

§ 493. La servitù di acquedotto si definisce *jus aquam ducendi per fundum alienum.*

È questo uno dei punti di maggiore interesse nella materia delle acque. Lo era nei tempi romani, e lo è anche oggi, ma per diverso rispetto, perciocchè i Romani vaghi com'erano delle comodità della vita pubblica e privata, e poco progrediti nell' agricoltura, diedero alla condotta d' acqua uno sviluppo, che ben può dirsi maestoso, nella parte che tiene alle servitù urbane e d' interesse pubblico, specialmente dal lato igienico, ma poco penetrárono col loro occhio acuto per tutto ciò che avesse avuto riguardo alle servitù rustiche e al vantaggio agricolo. Si veggono ancora nella Città eterna i gloriosi avansi dei superbi acquedotti che vi portavano l'acqua Marcia, l'acqua Claudia, l'acqua Traiana ec., e i residui dei sontuosi edifizii dei bagni pubblici di uomini e di donne (*thermae publicae, nimphea*). Sempre i Romani hanno cercato abbondanza d' acqua, e ne hanno avuto a dovizia nelle loro abitazioni, anzi gli antichi volevano averne un capo per ogni camera (1). La passione per l'acqua ha una tradizione in Roma, i cui abitanti vogliono esserne largamente provvisti, e godere lo spettacolo de' più bei getti di numerose fontane. Basta andare in Roma per esserne colpiti, e per vedere la singolarità de' tanti capi d' acqua dispersi nelle case, ne' caffè, ed anche nelle botteghe.

---

che chi abbia per esse già utilizzato l'acqua, sia al sicuro dal pericolo che altri ne lo privi, altrimenti niuno si azzarderebbe a sostenere spese gravissime per quello scopo, e d'altro canto non si deve favorire lo spirito di emulazione da cui i nuovi scavi spesse volte sono suggeriti.

Ma perchè il diritto di proprietà è sempre sacro, e può accadere che chi fa i nuovi scavi voglia utilizzare le acque a maggior vantaggio dell'agricoltura e dell'industria, il Codice Civile impone a'magistrati che in caso di contestazione procurino di conciliare, se è possibile. gl'interessi divergenti e, non potendovisi riuscire, dispone che le acque sieno attribuite a quello che meglio le utilizzerà nella parte agricola o industriale, accordando all'altro proprietario quell'equa indennità che possa essergli dovuta; per qual modo si favorisce l'interesse pubblico senza ledere il privato. Art. 578.

(1) Invece i progressi dell'agricoltura han dato nei tempi odierni vivo impulso alle servitù delle acque nella parte rustica e d'interesse privato, e prova se ne à col confronto al Cod. Civ. nella materia delle acque, come diremo nelle seguenti note. Il genio della vivente generazione italiana è di trarre ricchezza dal suolo e dall'industrie, e non dalle conquiste.

Digitized by Google

Or, per quanto si attiene alla condotta d'acqua nel privato interesse, è principio di diritto che, costituita tale servitù, l'acqua è condotta per quel punto che piace al proprietario del fondo dominante, arrecando però il minor danno possibile al proprietario del fondo servente, cosicchè l'uno non renda dura la condizione dell'altro più di quanto richiede la stretta necessità, e venendo a contrasto il loro interesse, deve prevalere quello del proprietario del fondo servente (1).

Il corpo del luogo non appartiene a colui, che à il diritto di servitù, ma resta al proprietario del fondo servente. Donde segue che chi à il diritto di condurre l'acqua non si rende proprietario del terreno laterale e sottoposto alla sorgente o al canale conduttore. Le ragioni sono tre—1. L'interesse è soltanto quello di far passare l'acqua, onde soltanto a ciò deve limitarsi, e non essendovi bisogno di concedere anche la proprietà, questa non deve essere ferita — 2. Il passaggio può essere abbandonato, e in tal caso la proprietà non dev'essere smembrata con lunghe strisce di terra che neppur si potrebbero coltivare, ma la proprietá ne deve restare al proprietario del fondo servente — 3. Se mai si desse a chi conduce l'acqua la proprietà del terreno laterale o sottoposto al canale, egli potrebbe farvi escavazioni per attirare altre acque, e ciò costituirebbe un danno ben grave al proprietario del fondo servente (2).

L'acquedotto può passare in terra, sopra terra, e sotto terra, e prende perciò diversi nomi.

1. In terra si chiama *aquaeductus*, ed anche *canalis*, se è di pietra, o di legno: *rivus*, e talvolta anche *canalis*, se non vi è nè legno nè pietra (3).

2. Sopra terra sostenuto da archi quasi fossero ponti, si chiama *aquaeductus* (4): diramato specialmente per far salire l'acqua nelle abitazioni o per farla scaricare da esse si chiama *fistula* (5).

3. Sotto terra, specialmente se passa sotto un altro acquedotto, o sotto un fiume, o sotto una strada, si chiama *specus* se l'acquedotto è in linea retta quando il livello lo permette, e tal parola *specus* è adoperata perchè molte volte l'acquedotto a linea retta può con l'occhio vedersi tutto nell'interno: se poi l'acquedotto sotto terra

---

(1) Teoria uniforme, art. 599 e 602 Cod. Civ.

(2) Teoria uniforme, art. 648 Cod. Civ.

(3) Oggi si chiama *acquedotto* ed anche *canale*, se è di pietra, legno o di materia ferrea; e ritiene il nome di *canale* se è di terra.

(4) Oggi si chiama *pontecanale*.

(5) Oggi si chiama *tubo*.

Digitized by Google

è in linea curva, si chiama *cuniculus*, perchè é fatto quasi a forma di cono (1).

Del rimanente per Diritto Romano il passaggio delle acque sul fondo altrui non era forzoso, ma invece ciascuno avea il diritto di concedere o negare nel proprio fondo il passaggio delle acque che altri avesse voluto farvi transitare, mantenendosi così fermo il principio relativo al diritto di proprietà (2).

---

(1) Oggi l'acquedotto sotto terra che è in linea retta si chiama *botte, tomba* e *tromba sotterranea*; e quello in linea curva si chiama *tomba* o *tromba a sifone*, o a *salto di gatto*. Per tali nomi veggansi specialmente gli art. 605 e 608 Codice Civ.

(2) Quì sta la più gran novità che il diritto vigente nella materia delle acque à apportato al diritto romano, onde si tolleri che ne teniamo parola con qualche diffusione.

Il passaggio forzoso delle acque si ripete da antiche leggi dell'alta Italia, e specialmente di Lombardia, in cui era in vigore anche prima del X secolo.

I grandi fiumi che vi sono e lo scolo delle nevi dalle Alpi resero industriosi quegli abitanti, i quali poterono per tempo intendere il pregio di quell'elemento di natura.

Oggi il passaggio forzoso delle acque è un diritto che vien dalla legge, indipendentemente da ogni convenzione.

Si è estesa la categoria degli ufficii scambievoli che la società progredita richiede, imponendo una lieve limitazione al diritto di proprietà, in grazia de'vantaggi che l'uso delle acque apporta.

Il Codice ammette il passaggio forzoso delle acque per le necessità della vita, come per usi domestici, bagni ec; per usi agrarii, come per la irrigazione; e per usi industriali, come per animare macchine, opificii ec. art. 592.

E perchè l'acqua deve di necessità scaricarsi dopo che se n'è fatto uso, si è concesso il passaggio forzoso anche per lo scarico, art. 606.

Si eccettuano dal passaggio forzoso le case, i cortili, i giardini, e le aje ad essi attinenti per tre ragioni — 1 per un riguardo alla sicurezza personale ed alla salute degli abitanti — 2 per non turbare l'uso cui son destinate le case, le aje ec. — 3 perchè la ristretta estensione di tali luoghi avrebbe dato scarso beneficio, art. 592.

Non fa mestieri esser proprietario del fondo ove vuole condursi l'acqua, nè di esser proprietario dell'acqua, per poterne domandare il passaggio; onde il diritto è concesso anche a chi può disporre dell'acqua per qualunque titolo, ed è concesso anche a'fittaiuoli ed agli usufruttuarii, e la ragione è che la legge dovea accordare il vantaggio dell'acqua a chiunque si trovasse in grado di disporne, e a chiunque ne avesse bisogno, e possono averne anche i fittaiuoli a lunga durata, e gli usufruttuarii di giovine età, art, 598. Di che segue che il diritto al passaggio forzoso delle acque può essere temporaneo o perpetuo, articolo 604.

Le altre disposizioni del Codice Civile per riguardo all'acquedotto si possono ridurre a tre punti, cioè — 1° alle condizioni imposte per ottenere il passaggio forzoso delle acque — 2° alle facoltà di chi gode il passaggio — 5° alle facoltà di chi lo soffre.

Digitized by Google

III.

Uso d' acqua.

§ 494. Per l' uso d' acqua sono in generale applicabili le regole stabilite per l' esercizio delle servitù, onde non dobbiamo qui farne

---

1. *Condizioni imposte per ottenere il passaggio.*

Sono sette:

1. Dimostrazione del diritto di poter disporre, anche temporaneamente, dell'acqua, per necessità della vita, o per usi agrarii, o industriali, e ne abbiamo detto già le ragioni, art. 598 e 602.

2. Dimostrazione che l'acqua è sufficiente all'uso cui è destinata, per evitare che si cerchi il passaggio avendone poca, e sperando poterla sottrarre ad altri fondi irrigui lungo il corso del canale, art. 602.

3. Dimostrazione che la linea del passaggio sia la più conveniente, avuto riguardo alle circostanze de' fondi vicini, al pendio, ed alle altre condizioni richieste per la condotta, pel corso, e per lo sbocco delle acque, e ciò sia per evitare le sottrazioni di acque altrui lungo il canale, sia per arrecare il minore incomodo al proprietario del fondo in cui si domanda il passaggio art. 602.

4. Apertura del canale, senza che il conducente possa servirsi del canale altrui, se pure il proprietario di questi non voglia, art. 599. Giova spiegarne bene il concetto. Chi vuole far passare un acqua nel fondo altrui, deve aprire il canale, senza che abbia il diritto di servirsi di altri canali già esistenti; perchè l'accrescimento dell'acqua in un canale aumenta di molto le spese per gli spurghi, espone le sponde e gli edifizii a deterioramenti, fa divenire più grave la perdita dell'acqua lungo il corso in ragione della pressione che cresce con la massa d'acqua, e dà facile mezzo all'uno di profittare dell'acqua dell'altro e frodarlo, onde liti e risse violente. Invece il proprietario del fondo su cui si domanda il passaggio d'acqua, e che vi abbia un canale, può impedire che se ne apra un altro dal conducente, ed offrirgli il passaggio d'acqua nel suo, mediante indennità. Ma il diritto del proprietario del fondo non è assoluto, e il conducente può rifiutare il canale che gli è offèrto da lui, quando venisse a risentirne notabile danno.

5. Pagamento del terreno da occuparsi pel canale in ragione del valore di stima col soprapiù del quinto, e pagamento del terreno da occuparsi per la riposta delle materie estratte e del getto dello spurgo in ragione della metà del valore di stima, e sempre col soprapiù del quinto. Deve pagarsi il quinto in più, sia perchè la fondiaria resta a carico del proprietario del fondo servente art. 648, sia perchè questi risente per la servitù molto incomodo. Deve pagarsi la metà del fondo occupato per riporre le materie e pel getto dello spurgo perchè il proprietario del fondo servente ha diritto di piantarvi alberi art. 603.

6. Risarcimento de' danni immediati che si cagionino per la costruzione del canale, come per esempio quando il fondo resta separato in due o più parti; e risarcimento per ogni altro deterioramento come per esempio per infiltrazione delle acque, art. 603.

Digitized by Google

una inutile ripetizione, ma ci basta intrattenerci soltanto sulle regole speciali e proprie della materia delle acque, la quale à de' prin-

---

Ma se il passaggio è fnferiore a' nove anni, il pagamento de' valori e del risarcimento è ristretto alla metà, con l'obbligo di rimettere le cose al pristino dopo scaduto il termine, art. 604.

7. Obbligo di fare ogni opera affinchè il proprietario del fondo servente, e i proprietarii de' fondi contigui non sieno dissestati nella coltivazione abituale de' loro fondi per l'acquedotto di chi domanda il passaggio. Se il nuovo acquedotto possa disturbare il passaggio, l'irrigazione, lo scolo ec., nel fondo servente, è giusto che chi domanda il passaggio faccia in modo da non cagionar danni, e così costruisca ad esempio uu ponte canale invece di un canale, faccia una botte sotterranea ec., e concorra a mantenere in buono stato gli accessi per un comodo e sicuro transito, art. 608.

II. *Facoltà di chi gode il passaggio d'acqua.*

È una sola e consiste nel diritto d'immettere nel canale una quantità d'acqua maggiore di quella convenuta, purchè si riconosca che il canale ne sia capace, e non ne possa venir danno al fondo servente art. 605. La ragione è che non si aumenta la servitù sol perchè si accresce il volume o il peso dell'acqua, dal momento che lo spazio che occupa l'acquedotto è sempre lo stesso.

Quando poi il canale esistente non fosse capace di ricevere la maggior quantità d'acqua che vi si voglia immettere, la legge non impone l'obbligo di stabilire una altra servitù e di aprire un nuovo canale, ma autorizza l'ampliazione della servitù esistente, e con essa l'esecuzione delle necessarie opere, le quali però non possono farsi se prima non vengano determinate nella loro natura e qualità, e non sia pagata la somma dovuta pel suolo da occuparsi e pe'danni, art. 605. La ragione sta nella garanzia che si deve al diritto di proprietà, ed alla incolumità di esso.

Lo stesso à luogo quando pel passaggio a traverso un acquedotto sia da sostituire una tomba ad un ponte-canale, o viceversa, art. 605.

III. *Facoltà di chi soffre il passaggio.*

Son tre:

1. Ha il diritto di far determinare stabilmente il fondo del canale, mediante traverse di pietra o di legno, di distanza in distanza, per riconoscere in ogni tempo la profondità conceduta, art. 607. Tale diritto è dato sia per evitare che il conducente arrechi pregiudizio al fondo servente mediante escavazioni, sia per evitare contrasti nel caso di rigurgito d'acque per essersi abbassata la testa o la gola della sorgente; con tali traverse si vede subito in quale stato deve trovarsi il canale.

Se il proprietario del fondo servente chiegga tale determinazione nella prima concessione dell'acquedotto, le spese vanno a carico di chi domanda il passaggio; ma se invece la chiegga dopo, le spese vanno metà per ciascuno, perchè si spende di più, e perchè si riscontra una colpa nel proprietario del fondo, non avendone fatta prima la richiesta, art. 607.

2. Ha il diritto di domandare che il cavo si mantenga convenientemente spur-

Digitized by Google

cipii eccezionali derivanti non solamente dall'indole e dalle leggi fisiche, ma eziandio da' suoi servigi strettamente sociali.

E, innanzi tutto, l'uso dell'acqua è libero a chi la conduce, vale a dire l'utente può farne quell'uso che crede, cosicchè se l'acqua é data per un fondo determinato, l'utente può raccoglierla e condurla ad altro suo fondo, e concederla anche ad altri, e la ragione è che l'acqua diviene proprietà dell'utente dopo che è entrata nel suo terreno; ed è ancora che ciascuno può far passare ed uscire l'acqua dove vuole, a somiglianza di chi à la servitù di passaggio, per la quale chi à diritto di entrare nel suo, può dopo che vi è entrato camminare ed uscire dove gli piace (1).

In quanto alla manutenzione e alla riparazione delle opere pel regolare esercizio della servitù delle acque, per diritto romano si applicava il principio generale comune ad ogni altra servitù. *In omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet qui sibi servitutem asserat, non ad eum cujus res serviat* — per la ragione che — *secundum naturam est commoda cujusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda.*

Vi era dunque tenuto il proprietario del fondo dominante. Inoltre, come in ogni altra servitù, così ancora nella servitù delle acque il proprietario del fondo servente poteva obbligarsi a far qualche cosa pel regolare esercizio di essa. Così, se il fondo dominante che debba ricevere acqua si trovi a livello superiore del fondo servente, dove sta l'acqua, e questa vi debba andare per mezzo di canale, nel quale l'impulso venga fatto alla bocca, poteva il concedente obbligarsi a mantenere l'impellente dell'acqua nel modo necessario al deflusso sull'altro fondo. Se non che il padrone del fondo servente che si fosse obbligato ad assumersi il carico di fare le opere necessarie all'uso ed alla conservazione della servitù, avea sempre la facoltà di liberarsi da tale carico, abbandonando il fondo servente al proprietario del fondo dominante (2).

---

gato, per evitare che impigliandosi e stratificandosi le materie sedimentizie, venga a rilevarsi il livello del cavo, ed accadano infiltrazioni ed inondazioni, art. 642.

3. Ha in fine il diritto di chiedere che le sponde del canale sieno in istato di buona riparazione, affinchè si mantengano nello stato primiero, e non avvengano frane ed occupazioni a danno del fondo servente, art. 642.

(1) Per Codice Civile la teoria è uniforme, purchè però non sia pattuita una servitù attiva di scolo o di restituzione degli avanzi, come or ora diremo nello scarico di acqua. Veggansi art. 598 e 637.

(2) Per Codice Civile questi principii formano norma comune nella materia delle servitù in genere, art. 549, 643, e 676. Ma per quella delle acque si fa una grave differenza tra la servitù di condotta e la servitù di presa d'acqua.

Digitized by Google

Ma se l'esercizio della servitù di acqua sia comune a più utenti, o se l'uso dell'acqua sia comune tra il proprietario del fondo dominante e quello del fondo servente, le opere necessarie per usare della servitù di acqua e per conservarla, deggiono essere a spese comuni, e in proporzione da'rispettivi vantaggi (1).

Tra gli utenti dell'acqua di una stessa corrente, può esservi disaccordo per riguardo alla maniera dell'uso cui ciascun utente à diritto. In tal caso si ricorrea per diritto romano al principio della divisione della cosa comune, e ciascun utente avea a suo agio una parte di acqua rispondente alla estensione de'suoi fondi se pure ad uno degli utenti non si fosse conceduta una maggior quantità (2).

Ma la deficienza d'acqua mena sempre a qualche diritto del-

Per la servitù di condotta, si osservano i principii comuni ad ogni altra servitù, e le ragioni son quelle stesse dettate da'Giureconsulti romani, art. 640, 641, 642, 643.

Per la servitù di presa d'acqua si concede bensì al proprietario del fondo servente di pretendere dal proprietario del fondo dominante che il cavo si mantenga convenientemente spurgato, e le sue sponde siano in istato di buona riparazione, art. 642, ma si dispone che in mancanza di particolare convenzione, il proprietario del fondo servente debba costruire e mantenere tutte le opere necessarie all'uso ed alla conservazione della servitù fino al punto in cui egli fa la consegna dell'acqua, art. 649. Ciò è grave perchè urta col principio generale che, in mancanza di contraria convenzione, mette invece tali opere a carico del proprietario del fondo dominante. La ragione per la quale il Legislatore Italiano vi si è indotto è che nella servitù di presa d'acqua, il concedente, cioè colui che la dà, si è obbligato a far giungere una determinata prestazione di acqua all'utente, cioè al concessionario, onde deve eseguire a sua diligenza e a suo carico tale prestazione col condurre le acque al luogo della dispensa, alla stessa maniera del padrone di una cantina, il quale venda vino. Egli è tenuto a conservare le botti e gli altri utensili: i compratori debbono pagare il vino e prenderlo dalla cantina medesima.

(1) Teoria uniforme, art. 641 Cod. Civ.

(2) Il Codice Civile si è occupato di questo punto per riguardo al solo caso in cui l'acqua difetti, perciocchè se invece l'acqua è sufficiente a tutti, e molto più se l'acqua abbondi, non vi può esser contrasto fra gli utenti.

Or, quando l'acqua difetti, cioè manchi del tutto, ovvero, come ordinariamente accade, ve n'è poca, ad esempio in qualche periodo o giorno dell'està, e tutti gli utenti la desiderano, il Codice detta una norma diversa dal diritto romano, e dispone che la deficienza deve sopportarsi da chi à diritto di prendere l'acqua e di usarla nel tempo in cui accade tale deficienza, art. 651. La ragione è che la considerazione della sorte entra sempre in ogni dispensa di acqua, essendo elemento di natura variabile e incostante.

Inoltre se sono più gli utenti nello stesso tempo, il Codice si allontana pure dal principio direttivo romano della divisione dell'acqua, e fa sopportare la deficienza da quegli utenti che ànno titolo o possesso più recente, e fra utenti in parità di condizione dall'ultimo utente, articolo 652. La ragione è che si on volute evitare le gravi difficoltà per la divisione dell'acqua, e inoltre sa-

Digitized by Google

l'utente che non à avuto l'acqua che paga. Or, per vedere quale diritto gli spetti, bisogna avvertire che la deficienza può accadere per tre modi, cioè — 1 per causa naturale, come per siccità, terremoto ec. — 2 per fatto di un terzo, come per diversione, usurpazione ec. — 3 per colpa del concedente, come per mancanza di manutenzione o riparazione di opere. Nel primo caso, l'utente non à diritto a risarcimento, per la ragione che *damnum fatale nunquam praestatur*, nel secondo à dritto ad essere risarcito dal terzo, e nell'ultimo caso à diritto ad essere risarcito dall'utente, perchè *noxa sequitur caput*, cioè chi à commesso il danno, o chi vi à dato causa, deve risarcirlo. Se non che in qualunque di que'casi, l'utente à sempre il diritto ad una diminuzione proporzionata del prezzo o fitto pattuito, per la ragione che gli è mancato in tutto o in parte il godimento della cosa (1).

---

rebbe accaduto che molte volte la divisione riescirebbe dannosa all'utente superiore, senza recar sollievo all'inferiore, onde si ricorse al principio della priorità nel tempo, e in parità di data alla posizione de'terreni, nel quale caso la deficienza si sopporta dall'ultimo utente, cioè dall'utente inferiore.

(1) Teoria uniforme, art. 650 Cod. Civ.

Inoltre il Codice Civile Italiano, seguendo i dettami del Romagnosi e del Giovanetti, à dato altre norme, delle quali non erasi occupato nè anche il Codice Albertino.

Tali norme si riferiscono a tre ordini d'idee, cioè — 1 alla permutazione degli orarii nelle distribuzioni per ruota o torno — 2 all'uso dell'acqua come forza motrice — 3 ai consorzii fra utenti.

1. *Permutazione degli orarii.* Talvolta accade che uno nel giorno e nelle ore in cui può irrigare i proprii beni non abbisogni dell'acqua, come ad esempio quando i prati sono prossimi a segarsi. Allora egli cede ad un altro utente il suo orario, o con una promessa di una reciproca cessione quando gliene faccia bisogno, o con una indennizzazione pecuniaria. Or si era molto disputato se poteano permettersi tali permutazioni o cessioni, e la ragione di dubitare era che i patti nelle servitù debbono osservarsi, e che nella dispensa per torno o ruota non sono interessati soltanto il cedente la sua ora, e il cessionario, ma vi sono interessati gli altri utenti. E il Codice à ritenuto che possono farsi codeste permutazioni o cessioni, perchè il diritto di ciascun utente è isolato, e fra utenti non vi à che doveri negativi, e perchè cosiffatte permutazioni sono di un soccorso reciproco, che salva talvolta il ricolto — art. 627.

2. *Uso dell'acqua come forza motrice.* Per l'uso dell'acqua come forza motrice si adoperano *dighe* o *chiuse* alle correnti, sia per far cessare il movimento delle macchine, sia per raccogliere talvolta una quantità d'acqua che possa dare e sostenere quel movimento, sia per spurgare il canale ec. Codesto impiego di dighe o chiuse apportano un ristagno, e se l'acqua giunge a superare i bordi dell'alveo o canale, accade uno straripamento. Or il Codice dispone che chi à diritto di servirsi dell'acqua come forza motrice, non può senza una espressa

Digitized by Google

IV.

Scarico d'acqua.

§ 495. Lo scarico d'acqua è naturale o artificiale, É naturale lo scarico spontaneo dai fondi più elevati a'fondi inferiori (*servitus aquae delabentis in fundum inferiorem*). É artificiale lo scarico quando vi è un manufatto qualunque, e specialmente dopo che l'acqua è stata condotta ed usata (*servitus aquae projiciendae*) ovvero lo scarico da' terreni paludosi che si vogliano risanare (*servitus aquae educendae fundi siccandi causa*) (1).

Scarico naturale

§ 496. La legge di natura per la quale le acque debbono avere un corso ed uno scolo costituisce una servitù e all'un tempo un dritto pe' fondi inferiori. I principii sono tre — 1 Deve mantenersi sempre ferma la servitù dello scarico da'fondi più elevati a'fondi inferiori—2 Deve rispettarsi la proprietà del padrone dell'acqua — 3 Deve riconoscersi ne' proprietarii dei terreni inferiori il diritto di usare dell'acqua che attraversa o lambisce i terreni medesimi (2).

In quanto al primo principio è da ritenere che la servitù è limitata al solo scolo naturale , senza che il proprietario del fondo superiore possa con un manufatto qualunque rendere più grave la servitù con uno scolo artificiale (3). Ma il proprietario del fondo inferiore non può dolersi se la servitù si aggravi per una diversa coltura che il proprietario del fondo superiore vi faccia, ad esempio con un seminato che dia la necessità de'solchi in terra, perchè ciascuno à il diritto di coltivare il suo terreno come gli pare e piace, essendo

---

disposizione del titolo impedirne o rallentarne il corso procurandone il ribocco o ristagno, art. 628.

3. *Consorzii*. Il capriccio, l'invidia, o l'indifferenza di pochi fra molti interessati nell'uso di un'acqua o nella derivazione di essa, o nel prosciugamento di terreni paludosi, potrebbero essere di ostacolo al vantaggio certo di molti. Onde il Codice Civile, pur riconoscendo la facoltà di costituire consorzii volontarii, permette alla maggioranza degl'interessati di domandare, e all'autorità giudiziaria di ordinare, consorzii forzosi. Ma per la maggioranza si à riguardo alla sola entità degl'interessi, e non al numero degli utenti, perchè in fatto di comunione di beni l'unico elemento per costituire la maggioranza deve essere l'entità dell'interesse che ciascuno à sulla cosa comune—Art. 657 a 661, e 678.

(1) Oggi la teoria è uniforme. Veggansi le seguenti note.

(2) Tali principii sono oggi uniformi. Veggansi le seguenti note.

(3) Teoria uniforme, art. 536 Cod. Civ.

Digitized by Google

ciò inerente al diritto di proprietà (1). Tanto il proprietario del terreno superiore, quanto quello del terreno inferiore possono avere interesse ehe gli alvei dell'uno e dell'altro fondo si mantengano purgati o vi si facciano arginature per evitare dilatazioni di acqua o rigurgiti: se vi si neghi il proprietario sul cui fondo debbono farsi tali opere, queste possono eseguirsi a proprie spese da chi vi à interesse, e il proprietario del fondo non può opporvisi. La ragione che ne danno i Giureconsulti sta nel generale precetto—*quod tibi non nocet et alteri prodest, ad id es obligatus* (2).

Il secondo principio relativo al diritto del proprietario dell' acqua à il suo svolgimento con due regole.

La prima regola è che il proprietario dell'acqua, come ad esempio il proprietario di una sorgente, può usarne finchè sta nel suo fondo, portarla dove crede con un condotto, o cederla ad altri, ma non può abusarne e sperderla a danno de' proprietarii de' fondi inferiori a'quali l'acqua potesse riuscire utile, e che ne offrissero un equo compenso. La ragione è che la proprietà dell'acqua non è come ogni altra proprietà, perchè è costituita dall'uso, come si è detto al § 490, ed è anche di non doversi proteggere lo spirito di emulazione, di puntiglio, e di dispetto (3).

La seconda regola è che il proprietario del fondo inferiore, che à ricevuto per tempo anche lungo le acque dal fondo superiore, non avrà il diritto di seguitare a riceverle se non quando abbia fatto nel fondo superiore un' opera per la quale raccoglie le acque e se ne serva per un uso determinato, e sia corso il tempo per la prescrizione. La ragione è che il proprietario del fondo inferiore riceve le acque *magis ex occasione quam ex jure*; e nel caso in cui vi siano la prescrizione e un' opera nel fondo superiore, v' è il titolo di acquisto di una reale servitù di presa d' acqua cui à tacitamente consentito il proprietario del fondo superiore (4).

Pel terzo principio intorno al diritto del proprietario del fondo

(1) Teoria uniforme, art. 436, 536, e 544.

(2) Teoria uniforme, art. 537 e 538 Cod. Civ. Anzi il Codice Civile dispone che le spese di conservazione di sponde e di argini, e di rimozione d'ingombri negli alvei, siano a carico di tutti quelli a'quali riescano utili, anche quando alcuno di questi non volesse concorrervi. La ragione sta nel principio di comunione che il diritto odierno cerca imporre nelle proprietà contigue. Articolo 539 Cod. Civ.

(3) Teoria uniforme, art. 540, 545, e 598 Cod. Civ. Anzi il Codice Civile per ragioni d'interesse pubblico vieta al proprietario di una sorgente di deviarne il corso, quando la medesima somministri agli abitanti di un comune o di una frazione di comune l'acqua che è loro necessaria, e soltanto obbliga gli abitanti ad una indennità, se pure non sia corso il tempo per la prescrizione, art. 542.

(4) Teoria uniforme, art. 540 e 541 Cod. Civ.

Digitized by Google

attraversato o lambito dall'acqua che vi va da'fondi superiori, è regola che tale diritto è di dominio, potendone egli fare quell'uso che crede. Tale diritto si estendeva ne'tempi romani anche alle acque dei fiumi non navigabili, come si è detto al § 487.

La ragione è sempre il diritto di proprietà, costituendo dotazione del fondo l'acqua che lo attraversa o lo lambisce; e vi è anche la considerazione che l'incomodo nella servitù delle acque dev'essere compensato dal comodo dell'uso di esse, quando con l'uso non si urti il diritto di alcuno (1).

Scarico artificiale.

§ 497. Si à lo scarico artificiale quando vi è un manufatto qualunque per lo quale le acque non scorrono naturalmente dal fondo superiore nell'inferiore. Tale scarico era sempre vietato in Diritto Romano, sia che si trattasse di acqua piovana o sorgiva, sia che si trattasse di acqua procurata mediante derivazione con qualche presa, ovvero portata con acquedotto. Chi avesse voluto farlo, dovea stabilire una servitù col proprietario del fondo inferiore, e la ragione era nella fermezza che davasi sempre al diritto di proprietà (2).

(1) Per Codice Civile la teoria è uniforme, ma vi è l'obbligo di rimettere gli avanzi al corso ordinario. Per altro è vietato al rivierasco l'uso delle acque de'fiumi e torrenti senza avere una concessione governativa. Art. 427 e 543. Veggasi quanto è detto in nota al § 491.

(2) Per Codice Civile invece si concede il diritto al passaggio forzoso delle acque che si scaricano dopo che sieno state procurate con una presa o portate mediante un acquedotto, e si permette il manufatto corrispondente a tale necessità, cioè l'acquedotto di scarico, per lo quale sono applicabili le norme, già dette innanzi per l'acquedotto di condotta, in nota al § 493. La ragione è che sarebbe stato inutile concedere il passaggio forzoso per l'acquisto dell'acqua, se poi non si fosse potuta scaricare, art. 606.

Inoltre il Codice Civile, a proposito dello scarico di acqua, fissa le norme per la servitù attiva di ricevere gli scoli, o di ricevere gli avanzi d'acqua. Il Diritto Romano non ne parla, perchè a que'tempi l'agricoltura non era molto progredita, ma oggi, essendosi riconosciuto il vantaggio degli scoli o degli avanzi d'acqua, perchè ànno il pregio di maggior copia di elemento fertilizzante, vengono richieste con maggior premura codeste acque, anzichè le acque vive.

Tali servitù sono due. L'una di ricevere gli scoli, l'altra di ricevere gli avanzi d'acqua, e per formarsene una idea chiara, bisogna prima parlare delle regole speciali a ciascuna, e poi di quelle comuni ad entrambi.

1. *Servitù degli scoli.*

La servitù degli scoli, cioè delle colature, prende capo a tre specie di acqua, cioè — 1.° alle acque come risultato della irrigazione, cioè a ciò che resta e che scola dopo che la irrigazione sia stata praticata, della quale acqua è pro-

Digitized by Google

Altro scarico artificiale si á pel risanamento de' terreni paludosi. Chi risana tali terreni fa tre vantaggi , cioè — 1. ridona le terre terre all' agricoltura — 2. purifica l' aria — 3. mette l'acqua in circolazione, e converte perciò in elemento utile l' acqua che riusciva

---

prietario chi à irrigato, e che perciò può cederla ad altri—2.° delle acque pluviali che scendono da'terreni superiori e che si raccolgono ne'fossi, e tali acque sono dei proprietari de' fondi su cui cadono, ma se essi non le apprendano e le lascino correre, possono per l'abbandono fattone da loro e come *res nullius* essere apprese e godute da'proprietarii de'fondi inferiori — 3.° delle acque che scendono dalle strade di Città o di villaggi, le quali sono le più preziose fra tutte, e di esse sono proprietarii i Comuni, ma se questi le abbandonino e le lascino correre, possono essere apprese e godute da'proprietarii del fondi inferiori ove scorrono.

Or , vedutosi chi sono i proprietarii di tali acque, è facile avvertire che essi possono obbligarsi a darle ad altri e costituire una servitù a vantaggio altrui, la quale servitù può, come ogni altra, essere acquistata col solo possesso, cioè con la prescrizione. E la legge , dopo averlo dichiarato , aggiunge che per la prescrizione si richiede l' elasso di un trentennio dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia fatto sul fondo servente opere visibili e permamenti destinate a raccogliere e condurre gli scoli a proprio vantaggio, oppure dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia cominciato e continuato a goderli non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo sèrvente, art. 637.

Ma tali opere visibili sovente consistono in un fosso che circonda la proprietà altrui, e nel quale si raccoglie l' acqua di scolo; e molte volte dopo un lungo lasso di tempo non si sa se il fosso sia opera del proprietario del fondo dominante, o del proprietario del fondo servente , onde la Legge fissa la presunzione che sia opera di quello de' due che abbia spurgato il fosso, e fatto in esso le manutenzioni, purchè però nel fosso medesimo non esistano edifizii costrutti dal proprietario del fondo che vuol dirsi serventè , e su cui il fosso è aperto ovvero non vi siano altri segni, titoli, o prova in contrario art. 638.

Per altro, la servitù di ricevere gli scoli è sempre condizionale, perchè v' è diritto ad avere lo scolo quante volte questo vi sia, di modo che se scolo non v' è, non si può pretendere di averlo. E può non esservi scolo o naturalmente o per volontà di colui che dovrebbe darlo. Così se alcuno si è obbligato a dare le acque di scolo che si scaricano dalla irrigazione che fa nel suo terreno , e poi non lo irrighi più, o cambii genere di coltura, certamente colui che aspettava lo scolo non ne avrà. Or codesta libertà si è data al proprietario del fondo servente, e si è riconosciuta come di natura condizionale la servitù attiva degli scoli. A primo aspetto ciò sembra strano, perchè si fa dipendere l'esercizio della servitù degli scoli dalla volontà del propietario del fondo servente ; ma ogni impressione sinistra svanisce tostochè si pensi che il proprietario del fondo dominante non à diritto all'acqua di cui godeva il proprietario del fondo servente, ma à diritto alle colature. Oltre di che si sarebbe troppo inceppata la libertà nella coltura de'fondi. Che se poi la servitù di scolo non siesi acquistata per possesso, ma per convenzione, e in questa siesi stipulato che lo scolo non debba mancare per volontà del padrone del fondo servente, il patto deve osservarsi. Art. 655.

Digitized by Google

nocevole. I Romani oltre al prosciugamento per ragioni di utilità pubblica, ammettevano che potesse farlo anche il privato nelle sue terre, e che costui potesse scaricare le acque nei terreni di livello inferiore senza che i proprietarii di questi potessero dolersene. La ragione che i Giureconsulti ne davano era che il proprietario del fondo superiore può cambiare, come si è detto innanzi al § 496, il metodo di coltura, e scaricare perciò le acque in modo diverso dal

---

2. *Servitù degli avanzi d' acqua.*

Quante volte la servitù non s' imponga alle colature, ma direttamente alle acque vive affinchè l'avanzo di queste passi al vicino dopo un determinato uso, in tal caso chi è tenuto a restituire gli avanzi non è più proprietario dell'acqua, ma è un semplice utente dell' acqua stessa che deve restituire ad altri. Questa è la servitù degli avanzi d'acqua. Egli può servirsi o non servirsi dell'acqua, ma deve sempre lasciarla discendere sul fondo del vicino dominante, e deve stare anche ne'limiti della convenzione fatta o del possesso avuto e per la quale à acquistato la prescrizione, onde non solo è obbligato a restituire l'acqua, ma non può estendere la sua irrigazione, nè cambiare la coltura antica a danno del proprietario del fondo dominante, art. 653.

3. *Regole comuni alla servitù degli scoli, e alla servitù degli avanzi d'acqua.*

Sono due.

La prima è che chi è obbligato alla restituzione degli scoli o degli avanzi d'acqua, non può deviarne una parte qualunque sotto pretesto di avere introdotto una maggior quantità d' acqua, ma deve lasciarli nella totalità discendere a favore del fondo dominante, art. 654. La ragione è che se mai si facesse distinzione tra l'acqua antica e la nuova e dovesse in tal ragione ripartirsi la colatura o ciò che avanza, le liti sarebbero aspre e rovinose; e inoltre non è gran fatto a discernere nella quantità della colatura o degli avanzi, tostochè si è convenuto che la colatura in genere o gli avanzi in genere debbano darsi ad altri. Quando alcuno si è obbligato di dare ciò che scola dal suo terreno, o l'acqua che avanza al suo terreno, deve dar tutto, così dovendosi presumere, salvo patto speciale contrario. D' altro canto se il proprietario del fondo servente cerca economizzare ed impiega meno acqua, darà scoli ed avanzi in minor quantità e non può dolersene il proprietario del fondo dominante, salvo sempre patto speciale contrario.

La seconda regola è che il proprietario soggetto alla servitù degli scoli o avanzi d'acqua, può sempre liberarsi da tale servitù, mediante la concessione o l'assicurazione al fondo dominante di un corpo d'acqua viva, per la cui quantità deve starsi alle circostanze, art. 656. È un riscatto di servitù che la legge à voluto permettere al proprietario del fondo servente. Il proprietario del fondo dominante avrà acqua meno fertilizzante, ma ne può avere in maggior quantità. L'interesse dell'agricoltura con la prestazione dell'acqua viva è soddisfatto, e l'interesse privato, se pur fosse in qualche lieve parte leso, deve tacere; ma la lesione è difficile perchè d'ordinario il contrasto all'acqua viva si è sempre fatto per capriccio o gelosia.

Digitized by Google

consueto ne' terreni inferiori, senza che i proprietarii di questi possano dolersene, e che ciò è molto più lecito a chi vuol prosciugare perchè non può punto dubitarsi che il prosciugamento è coltura (1).

(1) Ammesso dal Codice Civile il passaggio forzoso delle acque per le necessità della vita e per usi agrarii o industriali (v. nota al § 493), non si potea tale passaggio forzoso negare per un interesse ben più grave qual' è quello del risanamento dei terreni paludosi, per lo quale l'interesse pubblico si congiunge al privato. Per altro tale diritto è ristretto al solo proprietario della palude, e non agli usufruttuarii, usuarii, affittuarii ec., perchè il risanamento rientra nel diritto di disporre e non di godere. art. 609 e 611.

Il Codice Civile à inoltre cercato regolar compiutamente questa materia con tre altre disposizioni. cioè:

1. Permettendo il consorzio forzoso tra coloro che vi hanno interesse art. 657 a 661, e noi ne abbiamo già esposte le ragioni in nota al § 494.

2. Dettando norme pel modo con cui i proprietarii dei fondi attraversati dalle fogne, o da fossi di scolo possano anch' essi risanare i loro fondi e profittare delle opere fatte da chi ha già risanato i suoi terreni art. 610.

3. Provvedendo al caso in cui alcuno abbia diritto a derivare acqua dai terreni paludosi. Nel conflitto dei due interessi, la legge preferisce chi vuol risanare, e gli permette il riscatto della servitù mediante una congrua indennità, perchè dovea aversi un riguardo non tanto all'utilità privata, quanto all'interesse pubblico che vi è impegnato, art. 612.

Il Codice non fa distinzione di mezzi pe' quali il risanamento si ottiene, ma si accenna nell' art. 609 alla *fognatura* per la quale si fa il *prosciugamento*, ed alle *colmate* per le quali si fa la *bonificazione*, onde giova tenerne breve parola.

La *fognatura* (che è detta anche *drenaggio*, parola che deriva dall' Inglese avendo gl'Inglesi perfezionato questo metodo) consiste nel praticare numerosi canali di scolo adoperando per lo più tubi di terra cotta come materiali di condotta. In Italia la fognatura non ha fatto molto progresso, meno nel Piemonte in grazia dell'impulso datovi dal rimpianto Conte di Cavour—I terreni ridonati con tal metodo all'agricoltura si dicono *prosciugati* perchè in realtà si asciugano. Riescono molto ubertosi, e richieggono minore spesa per la coltivazione perchè vi si impiega minor lavoro, divenendo il suolo meno compatto.

Le *colmate* poi sono naturali o artificiali.—Naturali son quelle per le quali un fiume o torrente rompendo gli argini si riversano su' terreni paludosi, e giungono con materie melmose che vi trasportano, ad elevare la superficie del terreno che resta perciò sano e fecondo. Non sempre i mali vengono per nuocere, e Romagnosi racconta aver veduto un torrente straripare sopra alcuni terreni paludosi, i quali in meno di quattro anni divennero coltivabili producendo frumento, gran turco ec. Le colmate artificiali poi si fanno conducendo le acque torbide in terreno paludoso, ed arginandole in modo che le acque non possano uscire: dopo che esse son divenute chiare, si scaricano, e rimane così un primo strato di terra vegetale. Qucsta operazione si ripete più volte, finchè si ottenga uno strato capace a nutrire piante utili. Quando i terreni sono per tal modo coltivabili, si dicono *bonificati*, perchè diventano buoni per l' agricoltura mentre prima non lo erano.

Digitized by Google

SERVITU' PERSONALI

§ 498. Per quanto si è detto nelle nozioni generali al § 457 abbiamo già una idea delle servitù personali.

Queste si riducono ad utilità, a servizii che una cosa altrui presta ad una persona, senza che la utilità o il servizio possa tradursi in una qualità della cosa soggetta. La qualità per converso è il distintivo precipuo delle servitù prediali: qualità vantaggiosa pel fondo dominante, dannosa pel servente; qualità per la quale di tanto aumenta il valore economico del fondo dominante per quanto scema il valore del servente, come abbiamo dimostrato al § 460.

Un esempio pratico chiarirà bene la idea.

Se alcuno, il quale à bestie addette alla coltura, cioè immobili per destinazione, e bestie da tiro o da cavalcare per uso personale, acquisti per contratto la servitù di abbeverare le une e le altre nella fontana altrui, tale servitù sarà prediale per le bestie addette alla coltura, e personale per le altre. La ragione è facile. Per le bestie addette alla coltura si è voluto arrecare un vantaggio al fondo cui esse sono destinate, e per quelle da tiro e di uso personale come ad esempio cavalli da carozze, o da sella, il vantaggio è invece della persona. Di che segue che se non si è stabilito il tempo per la durata della servitù, questa sarà perpetua pel bestiame addetto alla coltura, e durerà quanto la vita del contraente pe'cavalli da carozze o da sella.

Ond'è chiara e semplice la definizione della servitù personale— *Iura in re alterius constituta quibus res personae servit.* È un diritto reale costituito sulla cosa altrui, mobile o immobile che sia, pel quale diritto la cosa presta una utilità, un servizio ad una persona.

Le differenze principali che passano tra le servitù prediali e le personali son due. La prima è che le prediali, come dice la stessa parola, versano sempre sugl'immobili, mentre l' obbietto delle servitù personali può essere mobile o immobile, e così può ben costituirsi un usufrutto su'mobili. La seconda è che le prediali sono tutte indivisibili, méntre alcune delle personali sono divisibili, e così l'usufrutto, consistendo principalmente nella percezione dei frutti, può essere acquistato o perduto per parti e riesce perciò divisibile, e invece l'uso restringendosi a'bisogni della persona è indivisibile.

Come abbiamo già cennato nelle nozioni generali al § 457, le principali specie di servitù personali sono l'usufrutto, l'uso, l'abitazione,

Digitized by Google

e le opere dei servi. Ciascuna di tali specie à una particolare fisonomia e regole determinate e proprie. Sono codeste servitù personali che potrebbero ben chiamarsi regolari.

Ma si può conceder l'uso più o meno esteso di una cosa, e formarne un diritto reale a vantaggio di una persona. In tal caso si à pure una servitù personale, che può ben chiamarsi irregolare, perchè non à regole certe e speciali, dipendendo il carattere di ciascuna di esse dall'intenzione particolare de' costituenti. Ond' è che il Giureconsulto dice che qualche servitù *in facto potius quam in jure consistit*. Fr. 10. *de capite minutis* 4, 5.

Parleremo prima delle servitù personali irregolari, e di seguito delle regolari di usufrutto, di uso, di abitazione, e di opere de' servi cui furono eguagliate le opere degli animali.

SERVITU' PERSONALI IRREGOLARI.

§ 499. Benchè la pura teoria non rifiuterebbe questa specie di servitù applicata a' mobili, regolandone la estensione secondo la volontà delle parti, pure i casi che leggonsi ne' libri del diritto, e che veggonsi in pratica, son tutti relativi agli stabili.

D' ordinario la servitù personale irregolare consiste in un peso imposto al fondo servente, il quale peso torna a vantaggio di altro fondo, ma il vantaggio non è diretto a dotare il fondo dominante, sibbene è diretto all' uso e al godimento di una persona determinata. Talvolta il fondo servente presta un diretto vantaggio ad una persona.

Tre ipotesi possono verificarsi per cosiffatte servitù.

O il fondo servente presta una utilità ad un altro fondo in considerazione di una persona, come ad esempio il fondo Corneliano à il peso di una presa d'acqua per bisogni di famiglia a vantaggio del palazzo Tiziano, finchè viva il proprietario Tizio.

O il fondo servente presta una utilità ad un altro fondo in considerazione di una data posizione o di una data facoltà di una persona, come ad esempio il fondo Corneliano à il peso di una presa d'acqua, per bisogni di famiglia a vantaggio del palazzo Tiziano, finchè duri la locazione fattane a Mevio, ovvero finchè a Mevio piacerà di abitarvi.

O il fondo servente non presta una vera utilità, ma soffre un peso che riesce al piacere, al diletto, all' amenità di una determinata persona, senza che vi sia fondo dominante, come ad esempio, quando si pattuisse che Tizio possa finchè viva andare a passeggio nel giardino di Cajo. Questa terza specie di servitù irregolare può riferirsi anche a tutta la vita di chi la gode, ovvero ad una facoltà

Digitized by Google

di lui, come ad esempio fino a quando Tizio sarà Ministro, o fin quando a Tizio piacerà di stare nella Città dove trovasi il giardino.

Da ciò si vede chiaramente la differenza che passa tra la servitù prediale e la servitù irregolare. La prediale è una qualità di determinazione nel fondo servente, e di utilità al fondo dominante. La irregolare è soltanto una qualità di deminuzione al fondo servente, senza che si abbia in considerazione l' altra qualità di utile al fondo dominante, ma invece con la considerazione alla vita, o ad una posizione, o ad una facoltà di una persona.

Si vede del pari l' altra differenza che, mentre la servitù prediale deve avere come elemento essenziale l' utile vero e reale che un fondo arrechi ad un altro fondo, nelle servitù irregolari può esservi non solo l' utile ma anche il diletto, l' amenità, il piacere di una persona determinata.

Il vero criterio differenziale tra la servitù prediale e la servitù irregolare sta in ciò che nella servitù prediale si aumenta sempre di valore il fondo dominante; e nella servitù irregolare, quando vi sia fondo che apparisca dominante, il valore economico non viene aumentato, perchè ad esso non si aggiunge alcuna qualità, tutto essendo vantaggio personale.

§ 500. Codesta è la natura delle servitù irregolari, e codesti sono i principii che deggiono aversi presenti.

Ma per non errare convien porre mente ad alcune servitù che sono frequenti in pratica, che sembrano irregolari, e che nella realtà sono prediali.

Se una servitù è concessa agli abitanti di una popolazione si avrà una servitù irregolare o una vera e propria servitù prediale?

Così se gli abitanti di un villaggio avessero il diritto di una presa d' acqua dal fondo di alcuno, ovvero il diritto di condotta d' acqua pe' fondi di altri, oppure il diritto di passaggio per andare a sentir la messa in una Chiesa, o di passaggio per abbeverare i loro animali in una riviera, tali servitù di presa e di condotta d' acqua, e di passaggio sono irregolari come quelle che vengono concesse a persone, ovvero sono prediali come quelle che vengono concesse ad un fondo?

Sono senza dubbio prediali, perchè ricorrono gli estremi di un fondo che scema di valore per aumentar quello di un altro fondo.

La ragione è che gli abitanti avrebbero quel diritto non *uti singuli*, ma come popolazione di un determinato territorio. Si tien conto de' bisogni di quella popolazione in quanto essa abita e possiede quel punto; sicchè la sola qualità di abitanti collettivamente quel determinato

Digitized by Google

luogo, li fa atti ad acquistare pel loro territorio e quindi pel loro uso quel diritto di servitù, nella stessa guisa che quando si acquista una servitù a favore di un fondo dal proprietario di questo, si considera il possesso del fondo come quello che gli dà attitudine ad acquistare la servitù. Questa perciò si acquista al fondo o al territorio, e per esso a'possessori od abitanti *pro tempore* del medesimo.

Vedutosi in che precisamente consistono le servitù irregolari, e come differiscono dalle prediali, conviene parlare degli effetti.

La servitù irregolare costituisce un diritto reale, è perciò é perseguibile anche contro i terzi. La ragione è che essa è sempre una servitù, sebbene abbia regole speciali che l'allontanino dalle servitù prediali.

Ma la servitù irregolare non può aver vigore oltre la vita della persona per la cui considerazione è stata costituita, perchè scompa rendo la persona, viene a mancare il subbietto di quel diritto.

Laonde cosiffatte servitù, oltre a'modi di estinzione comuni alle servitù prediali, si estinguono pure con la morte della persona che le gode.

Quando poi riuscisse dubbio se siesi voluto costituire una servitù prediale, ovvero una servitù irregolare, deve decidersi per quest'ultima come meno gravosa, e meno vincolante la proprietà (1).

SERVITU' PERSONALI REGOLARI

§ 501. Abbiamo già detto innanzi ripetutamente a proposito della proprietà nel § 365, e delle servitù nel § 457, che gli elementi del dominio sono *usus*, *fructus*, *abusus*. Dobbiamo tornarvi sopra anche una volta e precisar bene là differenza che passa fra codesti tre elementi, perchè questi hanno riflesso nella materia delle servitù personali regolari.

Uti presso i Romani significava percepire tanto da una cosa per quanto richiede la necessità — *Frui*, percepire tutto ciò che proviene dalla cosa salvandone la sostanza — *Abuti*, percepire ogni comodo che dalla cosa proviene anche consumandola e disperdendola.

Cosicchè l'*uti* ha il limite della necessità, il *frui* ha quello della salvezza della sostanza, l'*abuti* non ha limite alcuno. *Tu voluptate frueris, ego utor*, disse Seneca (*de vita beata*, cap., 10), cioè tu ti di-

(1) Tutte queste teorie sono identiche per Codice Civile, art. ed arg. art. 476, 477, 521, 522, 531, 616, 1137. Leggansi la relazione Governativa e la relazione Senatoria nel progetto del Cod. Civ. Ital. e per quanto è relativo al vigente art. 616. Leggasi pure il verbale della Commissione Legislativa seduta antimeridiana 9 maggio 1865.

Digitized by Google

verti a tuo grado ed anche oltre il bisogno, ed io appena quanto basti a rinfrancar le forze.

Come si vede nel *frui* si comprende l'*uti*, e nell'*abuti* si comprendono l'*uti* ed il *frui*; e viceversa al *frui* manca l'*abuti*, ed all'*uti* mancano l'*abuti* ed il *frui*.

Dopo ciò s'intende di leggieri che l'*usufrutto* significa godimento pieno della cosa lasciando salva la sostanza, l'*uso* significa godimento limitato alla necessità.

Codesto godimento è relativo alla persona, onde la cosa serve alla persona, e l'usufrutto e l'uso sono servitù personali (1).

Il diritto di abitazione poi in generale, e salve alcune speciali variazioni che piacque fare al diritto romano, rientra nell'usufrutto o nell'uso secondochè si abbia il godimento pieno di essa senza poterne abusare, ovvero se ne abbia un godimento ristretto alla necessità personale.

L'usufrutto, l'uso e l'abitazione vengono disciplinate da norme legislative, le quali però non sono di osservanza così rigorosa da non permettere alla volontà dell'uomo una qualche latitudine o restrizione. È d'uopo soltanto che se ne lasci intatta l'essenza, altrimenti non si avrebbe una servitù personale, ma potrebbe aversi un'anticresi, una enfiteusi, una rendita, una locazione ecc.; ed è d'uopo inoltre che sempre le leggi d'ordine pubblico siano rispettate (2).

Vedutisi così i punti di contatto e di divergenza tra l'usufrutto, l'uso, e l'abitazione, dobbiamo discorrerne partitamente, dicendo in ultimo una qualche cosa per le opere de' servi e degli animali.

Usufrutto

§ 502. L'usufrutto è definito dal Giureconsulto Paolo—*jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia* — Fr. 1 *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7, 1. Si dice *jus* perchè l'usufrutto costituisce un diritto e precisamente un diritto reale di servitù alla persona — *alienis rebus* perchè la servitù si può esercitare sulla cosa altrui essendo principio già innanzi da noi cennato *res sua nemini servit* — *utendi fruendi* perchè l'usufruttuario ha diritto ad ogni godimento della cosa — *salva rerum substantia* altrimenti vi sarebbe l'abuso, che non può essere a lui permesso (3).

(1) Come abbiamo detto in nota al § 459, il Codice Civile, pur riconoscendo che l'usufrutto e l'uso costituiscono servitù personali, non ha voluto chiamarle Servitù. Vegg̊ansene le ragioni in tale nota.

(2) Teoria uniforme, art. 476.

(3) La definizione, che ne dà il Codice civile è il diritto di godere delle cose

Digitized by Google

Essendo comune il godimento della cosa tanto al proprietario quanto all' usufruttuario, nei tempi posteriori al diritto Romano si contradistinse il godimento dell'uno dal godimento dell'altro, chiamando il primo *usufrutto causale*, perchè congiunto con la sua causa, cioè con la proprietà, ed il secondo *usufrutto formale* (1).

La materia dell' usufrutto deve essere esposta con qualche cura più di tutto perchè è cosa ordinaria e comune nelle relazioni sociali; e ne sono frequenti le contese.

Laonde ne divideremo la trattazione in quattro parti, cioè—1. modi pe' quali l'usufrutto si costituisce, e sopra quali beni; 2. diritti dell' usufruttuario; 3. doveri di lui; 4. modi pe' quali l' usufrutto si estingue.

COME SI COSTITUISCE L'USUFRUTTO E SOPRA QUALI BENI.

§ 503. L'usufrutto si costituisce —1. per legge, come l'usufrutto legale del padre sul peculio avventizio del figlio—2. per la volontà del proprietario sia per atto di ultima volontà, come per atto tra vivi — 3. per usucapione—4. per ufficio del Giudice ne' tre giudizii divisorii (2).

In quanto poi a' beni, può costituirsi sopra qualunque specie, *aut rei soli, aut rei mobilis*. Fr. 7, pr. *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7, 1, sopra oggetti di mero lusso, e sopra beni che

di cui altri ha la proprietà nel modo che ne godrebbe il proprietario, ma coll'obbligo di conservarne la sostanza, tanto nella materia quanto nella forma. Il concetto è quello stesso del giureconsulto Paolo, ma è più chiaramente spiegato. Si avverta che il Codice non ritiene che si debba conservare la forma, ma la sostanza della forma, il che significa che questa non debba subire modificazioni sostanziali.

Per la differenza tra l'usufrutto e la proprietà è bello ricordare le parole del Tribuno Gary nella compilazione del Codice francese — « Il proprietario gode « e dispone, l'usufruttuario gode soltanto; il proprietario dissipa e cangia a suo « piacimento la sostanza della cosa, l'usufruttuario deve conservarla e non può « cangiarne la natura. Quello che l'usufruttuario à di comune col proprieta- « rio è di godere di tutti i profitti e di tutti i vantaggi, che la cosa può pro- « durre. Egli gode come il proprietario, ma come il proprietario saggio, il « quale non abusa della cosa, ma che ha interesse alla conservazione di essa: « la sua amministrazione deve essere quella del padre di famiglia vigilante, il « quale non sacrifica l'avvenire al presente, ma che ha riguardo all' uno go- « dendo saviamente dell'altro ».

(1) Questa distinzione non è ritenuta dal Cod. Civ.

(2) Per Codice civile l'usufrutto si costituisce — 1. per legge, come l' usufrutto legale de' genitori, art. 228 a 231 — 2. per volontà del proprietario per atto tra vivi o a causa di morte, art. 478 — 3. per prescrizione acquisitiva, art. ed arg. art. 2105 e 2113. Non si riconosce acquisto di usufrutto per ufficio di Giudice essendo mancato a lui ogni arbitrio ne' giudizii divisorii, come si è detto in nota a' § 400 e seguenti.

Digitized by Google

diano diletto più che utile; *veluti numismatum aureorum vel argenteorum quibus pro gemmis uti solent* Fr. 28, 41, 42 e 55 *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7, 1 (1).

§ 504. Se non che l' usufrutto di regola si può costituire sulle sole cose non fungibili per la ragione che la cosa deve rimaner salva nella sua sostanza così per la materia come per la forma, onde è vietato l' abuso, il quale sarebbe indispensabile per l' usufrutto delle cose fungibili, come di olio, di vino, di grano ec. E in realtà che cosa resterebbe al proprietario del vino dato ad altri in usufrutto, se l' usufruttario lo consumasse? Nondimeno per un Senatoconsulto a'tempi dell' Imperatore Tiberio, si permise che potessero darsi a tal titolo le cose fungibili, purchè l'usufruttuario prestasse cauzione di restituirne altrettanto dello stesso genere e qualità. Per le cose fungibili fu permesso l' usufrutto perchè per esse non vi è prezzo di affezione, ed è indifferente avere l' *idem* o il *tantundem*, e vi fu dato il nome di *quasi usufrutto* perchè se non si tratta di vero usufrutto, pure risente della natura di esso (2).

Ma che sarà delle cose che senza consumarsi in un tratto, si deteriorano a poco a poco come le vesti, le biancherie, i mobili? Per esse si à un vero usufrutto quando, al termine di esso, l'usufruttuario è tenuto di farne la restituzione nello stato in cui si trovano, cioè deteriorate come sono per l' uso fattone fino a tale tempo. Si à invece un quasi usufrutto, quando l' usufruttuario fosse stato obbligato dal costituente a dare cose simili, ovvero il prezzo di stima (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 478 capov.

(2) Per Cod. Civ. se l' usufrutto comprende cose delle quali non si possa far uso senza consumarle, come danaro, grani, liquori, l' usfuruttuario ha diritto di servirsene coll' obbligo di pagarne il valore al termine dell' usufrutto secondo la stima che ne fosse stata fatta al cominciamento d' esso. Ove tale stima non sia stata fatta, egli avrà la scelta o di restituire le cose in eguale quantità e qualità, o di pagarne il prezzo corrente al tempo della cessazione dell' usufrutto, art. 483.

(3) Per Codice Civile la teoria uniforme. Perciocchè niente impedisce al costituente di obbligare l' usufruttuario a dare cose simili o il prezzo di stima al termine dell' usufrutto, art. 476; ma se tale obbligo non vi è, l' usufruttuario può servirsi delle cose che si deteriorano a poco a poco, e non è obbligato a restituirle al cessare dell' usufrutto se non nello stato in cui si trovano, salvi sempre i casi di dolo o colpa, art. 484.

Digitized by Google

Diritti dell' usufruttuario.

§ 505. Da ciò che abbiamo detto nella definizione dell' usufrutto ben si vede quanto sieno estesi i diritti dell' usufruttuario. Egli ha il godimento della cosa a pari del proprietario, ma il godimento va temperato da quella certa discrezione che è propria di un buon padre di famiglia, cosicchè la sostanza della cosa rimanga salva senz' altro.

Or è facile intendere che egli percepisce tutti i frutti naturali, industriali e civili, che provvengono dalla cosa (1).

Ma si avverta che i frutti naturali ed industriali son suoi dal momento in cui li percepisce, e perciò se l' usufruttuario muore senza averli percepiti, essi non spettano all' erede di lui, sibbene al proprietario (2).

I frutti civili poi, acquistandosi di regola giorno per giorno, sono dell' usufruttuario fino al giorno in cui l' usufrutto dura, e così egli avrà le pigioni di casa, gl'interessi nel mutuo, in proporzione della durata dell' usufrutto. Per altro, non è un frutto della cosa il tesoro, per lo chè questo spetta sempre al proprietario e non all' usufruttuario, il quale alla fin fine non ha sul fondo che un diritto di servitù. Che se poi egli lo abbia casualmente trovato, e non per arte, ne avrà la metà come ritrovatore (3).

S' intende anche facilmente che il godimento dell' usufruttuario va esteso alle setvitù che spettino al fondo soggetto all' usufrutto. Egli non potrà rivendicare la servitù, perchè non è proprietario del fondo, ma può chiedere l' usufrutto della servitù medesima, cioè il diritto di usare e godere di essa. Fr. 1. e 5. § 1. *si usufructus petatur* 7. 6. (4).

Il godimento dell' usufruttuario comprende con tutta evidenza il diritto di impiegare la cosa all' uso cui è destinata, anche quando la cosa corresse rischio di perdersi, e così legato l' usufrutto di una nave, l' usufruttuario può farla viaggiare non ostante il pericolo di naufragio; *Navis enim ad hoc paratur ut naviget*. Fr. 12. § 1. *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur*. 7. 1 (5).

§ 506. Tutto ciò è in generale. Ma perchè *qui dominus est soli*, *dominus est coeli et inferorum* (v. § 366), bisogna vedere con pre-

(1) Teoria uniforme, art. 479.
(2) Teoria uniforme, art. 480.
(3) Teoria uniforme, art. 494.
(4) Teoria uniforme, art. 494.
(5) Teoria uniforme, art. 477.

Digitized by Google

cisione in qual maniera l' usuiruttuario possa seguire col suo usufrutto tale diritto del proprietario. Quì , a riuscir chiari , convien parlare — 1. del godimento più utile e più dilettevole che possa trarre l' usufruttuario mediante le migliorie — 2. dell'usufrutto dei boschi — 3. degli alberi — 4. degli scavi. E perchè il proprietario può cedere la sua proprietà locarla ecc. dobbiamo anche conoscere— 5. se e fino a qual punto l' usufruttuario possa trasferire ad altri l' esercizio del suo diritto.

1. È permesso all' usufruttuario di migliorare la cosa , purchè però ne salvi la sostanza e nella materia e nella forma. Così, egli non potrà convertire il giardino in area, nè l' area in giardino, ovvero in terreno seminatorio, ma potrà abbellire il giardino rendendolo più gajo e dilettevole, potrà ridurre l' area più ferma e solida, rendere più ubertoso il terreno con un ingrasso. Fr. 13, § 4 e 7 *de usufructu et quemodmodum quis utatur fruatur*. 7. 1 — In fine dell'usufrutto egli avrà diritto ad esser pagato delle migliorie utili ed a staccare ciò che può delle voluttuarie, come diremo or ora al § 510 parlando a proposito delle riparazioni ordinarie cui egli è tenuto. (1)

2· Il bosco è ceduto (*sylva caedua*) ovvero da pascolo (*sylva pascua*), secondochè si tiene per tagliare o per pascolare animali. Fr. 30, *de verborum significatione* 50. 16. Niun dubbio, per riguardo alla selva da pascolo , che l' usufruttuario possa adoperarla all' uso a cui è destinata. Il dubbio sta per la selva cedua, perchè con le tagliate si può distruggerla , ond' è disposto che l' usufruttuario possa tagliare il bosco ceduo come lo taglia un buon padre di famiglia, cioè osservando l' ordine e la quantità dei tagli e facendo le altre opere che bisognano affinchè il bosco non resti distrutto (2).

Intanto così pei boschi cedui, come per quelli da pascolo, l' usufruttuario può prendere pali ed altri sostegni per le vigne comprese nell'usufrutto. Fr. 9. § 7, 10 *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur*. 7. 1. (3).

3. Riguardo agli alberi, l' usufruttuario deve, per il restauro delle case di campagna comprese nell' usufrutto, adoperare gli alberi svelti e spezzati per accidente, ma può, se è necessario ,' prendere anche da altri non caduti il legname occorrente , senza che però possa mai abbattere gli alberi di alto fusto (*arbores grandes*). Fr. 11 e 12. *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur*. 7. 1. (4).

(1) Anche oggi l' usufruttuario può far migliorie, ma si avverta che non ha diritto ad indennità, al termine dell' usufrutto. Veggasi quanto è detto in nota al § 510.

(2) Teoria uniforme, art. 485. 486. 491.

(3) Teoria uniforme, 489.

(4) Teoria uniforme, art. 487, 488.

Digitized by Google

Gli alberi possono poi mancare ad un fondo o naturalmente per vetustà, o per un accidente come per un temporale. Il diritto Romano distingueva tra l' un caso e l' altro. Nel primo dava facoltà all' usufruttuario di appropriarsi l' albero naturalmente perito, ma con obbligo di surrogarne altro. Per secondo caso poi, cioè per gli alberi periti per accidente, permetteva che l' usufruttuario ne prendesse soltanto per uso proprio e del caseggiato di campagna, per la ragione che se un sinistro simile accadesse per tutti gli alberi del fondo, l' usufruttuario li farebbe tutti suoi, e verrebbe ad intuccare il diritto di proprietà (1).

4. Riguardo agli scavi l' usufruttuario può mantenere in esercizio le miniere (*fodinae auri, argenti, aeris, et ferri*); le cave di pietra, di creta, o di arena (*lapidicinae, cretifodinae, et arenifodinae*); e può anche scavarne ed aprirne di nuove, sempre quando però non nuoccia alla coltivazione (*si nihil agricolturae nocebit*). La ragione è che gli è permesso migliorare la proprietà, come abbiamo or ora veduto.

Ma nei secoli posteriori fu vivamente contrastato quest' ultimo punto perchè con gli scavi nuovi, se pure si migliora il fondo, ne resta alterata sostanzialmente la forma (Veggansi le istituzioni di Richeri al § 1706) (2).

5. L' usufruttuario può cedere ad altri l' esercizio del suo diritto, cioè donarlo, venderlo, locarlo, darlo in pegno e simili; ma tostochè il diritto di lui abbia termine, per forza del principio *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* finisce del pari l' esercizio da lu per qualunque titolo ad altri conferito.

Codesto è il sistema romano, e che risulta nettamente da' testi, come può leggersi nel fr. 12 § 2. fr. 38. 39. 40 e 67 *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7. 1. fr. 25, § 4 e fr. 57 *soluto matrimonio* 24. 3 — fr. 9. § 1. *locati conducti* 29. 2.

Vero è che altri testi, e specialmente il fr. 66 *de jure dotium* 23, 3 — il fr. 15 *familiae erciscundae* 10. 2 — e il § 3. Inst. *de usufructu* 2. 4, par che facciano divieto all' usufruttuario di cedere, perchè l' usufrutto come servitù personale è attaccato alla sua persona, ma ora mai dopo i tanti contrasti degl' interpetri intorno a questo punto è generalmente ritenuto che l' antinomia tra i testi è apparente e

(1) Per Codice civile e nell' uno e nell' altro caso l' usufruttuario fa suoi gli alberi con l'obbligo di surrogarne altri, troppo essendo difficile che per un accidente qualunque tutti gli alberi di un fondo possano cadere. Ma il Codice limita tale diritto ai soli alberi fruttiferi art. 490.

(2) Il Cod. civ. à mantenuta all' usufruttuario la facoltà di godere le miniere cave e torbiere (cioè materie combustibili) che sono aperte ed in esercizio, ma gli ha negato la facoltà di scavarne di nuove, art. 494.

Digitized by Google

non reale, perciocchè è vietato all' usufruttuario di cedere il suo diritto, ma non l' esercizio di esso, mentre il diritto di usufrutto nella sua essenza, e non l'esercizio, è inerente alla persona dell' usufruttuario (1).

Obblighi dell' usufruttuario.

§ 507. L' obbligo dell' usufruttuario consiste nel custodire la cosa e averne cura da buon padre di famiglia salvandone sempre la so-

(1) Per Codice Civile la teoria è uniforme, art. 492, 493, e 1967 n. 2. Se non che v' à una variazione per riguardo alla durata e al termine della locazione, e ciò si ripete da che per diritto consuetudinario francese era invalso l' uso di lasciar continuare le locazioni fatte dall' usufruttuario anche dopo estinto il diritto di usufrutto e per un tempo piú o meno lungo a seconda dello stato de' luoghi e della qualità delle coltivazioni nelle diverse provincie. La ragione che mosse il diritto consuetudinario francese a variare la norma romana fu specialmente in considerazione dell' agricoltura, perchè se l' affittuale non è sicuro della durata della locazione, non lavora con amore sulla cosa locata, e d' altro canto vi sono de' fondi che danno un raccolto biennale, come ad esempio gli oleiferi. Inoltre dovea provvedersi all' interesse dell' usufruttuario, il quale trovava con difficoltà ad affittare i fondi, ed anche le case per le noie degli sgombri. Nel Codice francese perciò si permise che l' usufruttuario anche a tempo determinato, potesse fare locazioni a lunga durata ed eccedenti pure il novennio. Veggansi gli art. 595, 1429, e 1430 Codice francese.

Il Codice Italiano à moderato codesto eccesso, conciliando l' interesse dell' usufruttuario con quello del proprietario, più di tutto per evitare le frequenti frodi per le quali l' usufruttuario facea locazioni a lunga durata ed a modico prezzo, dietro segreto compenso che il conduttore gli dava al momento del contratto. Inoltre era giusto che il proprietario entrasse al più presto nel libero godimento e possesso del suo fondo, anche perchè soventi volte, per rendere il fondo più produttivo e più utile, egli deve farvi miglioramenti e riparazioni rese necessarie dopo che il fondo medesimo stette per molto tempo in mano di un usufruttuario.

Or il Codice dà norme diverse, secondochè si tratti di usufrutto a tempo certo e determinato, ovvero a tempo indeterminato.

Quando è a tempo determinato, l' usufruttuario può regolare la durata della locazione su quella dell' usufrutto, onde il Codice dispone che le locazioni non dureranno se non per l'anno, e trattandosi di fondi dei quali il principale raccolto sia biennale o triennale, per il biennio o triennio che si trovi in corso al tempo in cui cessa l' usufrutto.

Quando poi l' usufrutto è a tempo indeterminato, le locazioni fatte dall' usufruttuario per un tempo eccedente i cinque anni non sono durevoli, nel caso di cessazione dell' usufrutto, se non per il quinquennio che si trova in corso al tempo in cui cessa l' usufrutto, computando il primo quinquennio dal giorno in cui ebbe principio la locazione, e gli altri successivi dal giorno della scadenza del precedente quinquennio. Le locazioni per un quinquennio e per minor tempo che l' usufruttuario ha pattuite o rinnovate più di un anno prima della loro esecuzione, se i beni sono rustici, e più di sei mesi prima, se trattasi di case, non hanno veruno effetto, quando la loro esecuzione non abbia cominciato prima che cessasse l' usufrutto art. 493.

Digitized by Google

stanza Fr. 1 § 7 e Fr. 2 *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9. Inoltre se egli à il *jus utenti fruendi*, è giusto che sostenga i pesi che vi son relativi, perchè l'incomodo che una cosa apporta segue chi ne percepisce il vantaggio. Codesti sono i principii generali da cui discendono come per corollario parecchie svariate conseguenze, le quali costituiscono altrettanti doveri che l' usufrutuario ha, e prima, e durante, e dopo l' usufrutto.

Doveri precedenti all' usufrutto.

§ 508. La salvezza della sostanza della cosa non potrebbe esservi senza che l' usufruttuario desse cauzione *re usurum fruiturum boni viri arbitratu et finito usufructu rem eamdem restitutum iri*. Fr. 1. *usufructuarius quemadmodum caveat* 7. 9. (1).

Codesta cauzione fu stimata dai Romani così necessaria per quanto l' usufruttuario non poteva esserne dispenpato dal testatore. L. 1. Cod. *de usufructu* 3. 33, e la ragione era che non dovea porgersi occasione all' usufruttuario di frodare l' erede proprietario, nel cui cui favore la cauzione era introdotta. Ma invece poteva il proprietario che costituiva sulle sue cose un usufrutto ad altri dispensarlo dalla cauzione, perchè essendo questa inventata pel suo favore egli poteva rinunziarvi. Fr, 7 in fine ad *legem Falcidiam*. 33, 2. Cessava però tale obbligo per l' usufrutto legale del padre sui beni avventizii dei figli perchè così richiede la riverenza a lui dovuta e la fiducia, che egli ispira L. 8. § 4. *Cod. de Bonis*, *quae liberis in potestate patris constitutis* 6. 61. La pratica del foro poi a base del Fr. 28 *De Regulis Juris* 50. 17. estese la dispensa ai donanti con riserva di usufrutto, essendo sembrato iniquo pretender cauzione da essi.

Che se l' usufruttuario non avesse potuto dar cauzione, si ritenne per consuetudine ch' egli non potea avere il possesso della cosa, la quale invece si dava all' erede o ad un terzo, che ne avesse offerto guarentigia, con obbligo di dare i frutti a quello (2).

---

(1) Teoria uniforme, art. 477, 496.

(2) Per Cod. Civ. l'usufruttuario deve dar cauzione di godere da buon padre di famiglia, ma è sempre permesso di dispensarnelo nel titolo costitutivo dell'usufrutto. Non si è ritenuta la proibizione fatta dal diritto Romano al testatore, perchè se è lecito a costui di fare il più, cioè di legare la proprietà, deve anche essergli lecito il meno, cioè di legare l'usufrutto in modo che si accosti alla proprietà — art. 497.

Si è ritenuta la dispensa pei genitori che avessero usufrutto legale sui beni dei figli, pel donante con riserva di usufrutto, e si è estesa anche al venditore,

Digitized by Google

Inoltre il giureconsulto Ulpiano consigliava l'inventario delle cose date in usufrutto *ut inde possit apparere an et quatenus rem pejorem legatarius fecerit* Fr. 1. § 4. *usufructuarius quemadmodum caveat* 7.9. E la pratica del foro posteriore ai tempi romani tradusse in norma di legge tale consiglio e la estese al segno che non era lecito al testatore di dispensarne il legatario. In realtà la necessità dell'inventario è manifesta, altrimenti al termine dell'usufrutto non si potrà conoscere se l'usufruttuario abbia goduto da buon padre di famiglia e se restituisca tuttociò che gli venne dato (1).

Doveri durante l'usufrutto.

§ 509. Il godimento della cosa con la cura propria di un buon padre di famiglia, e il principio di giustizia che l'incomodo non si scompagni mai dal comodo, impongono all'usufruttuario un doppio dovere durante l'usufrutto, cioè — 1. di vegliare alla conservazione della cosa, e mantenerla con opportune riparazioni nello stato in cui la ebbe — 2. e di sostenere i pesi dalla cosa derivanti.

Giova parlarne distintamente.

Dovendo l'usufruttuario conservare la cosa, segue che egli non può attentare menomamente a'diritti del proprietario, imponendo, ad esempio, al fondo che à in usufrutto una servitù. Deve anzi essere vi-

che avesse venduto riservando l'usufrutto a se, perchè la dispensa è per lu tacitamente compresa nel contratto — art. 497 capoverso.

In quanto poi al caso in cui l'usufruttuario ritardi o non dia cauzione, il codice pone come principio che i frutti sempre spettano all'usufruttuario, e cerca di temperare in modi equitativi l'interesse del proprietario con la miseria dell'usufruttuario. Onde dispone che il ritardo a dar cauzione non priva l'usufruttuario de'frutti, e che se questi non la dia gli immobili sieno affittati o messi sotto amministrazione, salva la facoltà all'usufruttuario di farsi assegnare per la propria abitazione una casa compresa nell'usufrutto—Che i denari sieno collocati ad interesse, le derrate sieno vendute ed il prezzo sia collocato del pari ad interesse, i titoli al portatore si convertano in carte nominali a favore del proprietario con l'annotazione dell'usufrutto, e che in tutti questi casi appartengano all'usufruttuario gl'interessi dei capitali, le rendite, ed i fitti—Che i mobili, i quali deteriorano coll'uso sieno venduti e ne sia impiegato il prezzo e gl'interessi sieno dati all'usufruttuario, il quale può nondimeno domandare, e l'autorità giudiziaria ordinare, secondo le circostanze, che gli sia lasciata una parte dei mobili necessarii pel proprio uso coll'obbligo di restituirli in fine dell'usufrutto — art. 498, 499, e 500.

(1) Il Codice impone all'usufruttuario di fare a sue spese l'inventario dei mobili e la descrizione dello stato degli immobili soggetti all'usufrutto, presente o debitamente citato il proprietario. Se non chè permette che l'usufruttuario possa essere dispensato dal fare l'inventario potendosi conferire il meno da chi può il più, ma tollera, che il proprietario a sue spese possa richiedere che l'inventario si faccia — art. 496.

Digitized by Google

gile per l'interesse di lui, il quale non si trova in possesso della cosa, che deve intanto riavere tostochè l'usufrutto sia cessato. Da sua parte poi il proprietario non può arrecare alcun nocumento a'diritti dell'usufruttuario e render deteriore la condizione di lui (1).

Inoltre, sempre pel principio della cura e conservazione della cosa, l'usufruttuario è tenuto alle riparazioni ordinarie (*refectiones modicae*) per mantenere la cosa avuta nello stato in cui la ebbe, e così a sostituire viti nuove in luogo di quelle cadute, a ben conservare l'acquedotto, a rimetter tegole nuove nel tetto in luogo di quelle rotte, mattoni spezzati nel pavimento ec. — In somma egli deve fare sulla cosa datagli in usufrutto ciò che farebbe un buon padre di famiglia, ne'limiti delle riparazioni ordinarie. Fr. 7. § 2 e 3. Fr. 64. *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7. 1.

Di che segue che se l'usufrutto è stabilito sopra una mandra o una greggia, e queste periscano in parte, l'usufruttuario deve *ex adgnatis gregem supplere. idest in locum capitum defunctorum* Fr. 68 *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7. 1., cioè à l'obbligo di surrogare fino alla concorrente quantità de'nati, dopo che quel perimento sia accaduto — Ma se la mandra o la greggia periscano interamente senza colpa dell'usufruttuario, ovvero, se perisca anche senza colpa di lui un animale (come un cavallo) dato in usufrutto, questo si estingue perchè manca di oggetto, e l'usufruttuario è tenuto a render conto al proprietario della carne e delle pelli per la ragione che esse come sostanza non costituiscono un frutto — Fr. 70 § 3, *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7. 1. Fr. 30 *quibus modis ususfructus amittitur* 7. 4.

Come si vede tutto ciò mette capo al punto delle riparazioni ordinarie.

Ma che sarà delle straordinarie, come ad esempio, la rifazione di un muro maestro caduto per vetustà o per accidente, del tetto andato in rovina ec.?

È certo che non vi è obbligato il proprietario perchè il padrone del fondo servente non è tenuto a fare, ma a soffrire o non fare, se pure non vi sia un patto che gl'imponga di fare (vedi § 463), e d'altro canto egli deve consegnare la cosa nello stato in cui si trova senza esser punto obbligato a ripararla, e l'usufruttuario deve prender la cosa quale si trova al tempo in cui comincia il suo usufrutto, come accade a chi compra una cosa. Fr. 65 *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7. 1. Nè può l'usufruttuario esser costretto alle riparazioni straordinarie, perchè egli é tenuto soltanto alle *modicae refectiones* — Non avendone alcuno di essi il dovere, era

(1) Teoria uniforme, art. 495. 511.

Digitized by Google

d'uopo lasciare le riparazioni straordinarie all'interesse che potesse avere ciascuno di loro. Trattasi di un usufruttuario di giovane età, che abbia il diritto di godere la cosa durante la sua vita, ed egli si affretterà a fare tali riparazioni. Trattasi invece di un usufrutto temporaneo, e vi si affretterà il proprietario. Ma perchè niuno può divenire più ricco a spese altrui, è giusto che se le faccia l'usufruttuario, egli o i suoi eredi ne siano rimborsati al termine dell'usufrutto, e senza interessi; e se invece le faccia il proprietario, questi abbia il diritto di avere dall'usufruttuario durante l'usufrutto l'interesse sul prezzo delle opere fatte (1).

§ 510. Se non che, oltre alle riparazioni straordinarie, può accadere che l'usufruttuario faccia altre opere sul fondo datogli in usufrutto. E così può fare di quelle che eccedono la ordinaria misura della conservazione della cosa nello stato in cui la ebbe, come sarebbero gli abbellimenti per le case, l'ingrasso pe' terreni. Può fare delle altre che gli sono anche vietate, come l'ampliamento degli edi-

---

(1) Per Codice civile la teoria è uniforme, meno qualche lieve variazione. Il Codice stabilisce per principio che l'usufruttuario è tenuto alle sole riparazioni ordinarie ed alle straordinarie cagionate dall'ineseguimento delle ordinarie dopo cominciato l'usufrutto, art. 501.

Tali riparazioni si estendono anche alla mandra o greggia non perite interamente, sino alla concorrente quantità de'nati dopo che la mandra o greggia cominciarono ad esser mancanti del numero primitivo, art. 513 capoverso. Ma se senza colpa dell'usufruttuario, la mandra o greggia periscano interamente, o se perisca un animale su cui soltanto è costituito l'usufrutto, questo finisce, e quegli deve render conto delle pelli o del loro valore al proprietario, art. 512 e 513, non già delle carni come pur volea il Diritto Romano, e le carni ne sono escluse perchè ordinariamente niuno ne compra degli animali morti. Per gli animali poi che formano la dote del fondo soggetto ad usufrutto, il Codice vuole che si applichi la teoria relativa alle cose fungibili art. 514, teoria che noi abbiamo spiegato innanzi nella nota al § 504.

Per le riparazioni straordinarie nè anche il Codice civile ne mette obbligo all'usufruttuario o al proprietario, e si abbandona al loro interesse premettendo il principio che l'uno deve prendere, e l'altro deve consegnare la cosa nello stato in cui si trova. Ma dichiara che se son fatte dall'usufruttuario, questi à diritto di essere rimborsato senza interesse del valore delle fatte opere, in quanto la loro utilità sussista ancora al tempo in cui cessa l'usufrutto; e se invece son fatte dal proprietario, dovrà l'usufruttuario corrispondergli l'interesse durante l'usufrutto, art. 496, 502 e 503. Il Codice inoltre precisa che sono riparazioni straordinarie quelle de'muri maestri e delle volte, la sostituzione di travi, e il rinnovamento intero o di una parte notabile de'tetti, dei solai, degli argini, degli acquedotti, e de'muri di sostegno, o di cinta, e che tutte le altre riparazioni sono ordinarie, art. 504.

Impone poi che le norme dettate per le riparazioni straordinarie si applichino pure quando per vetustà o per caso fortuito rovini soltanto in parte l'edificio che formava un accessorio necessario pel godimento del fondo soggetto ad usufrutto, art. 505.

Digitized by Google

ficii, il bonificamento de' fondi paludosi. In tali casi il precetto di diritto romano era che dovesse essere indennizzato dal proprietario — *si quid ultra quam impendi debeat, erogatum potes docere, solemniter reposces*. L. 7, Cod. *de usufructu et habitatione* 3. 33, e ciò massimamente quando le opere *ad perpetuam utilitatem proprietatis pertineant, sintque alicujus momenti*. (Perezio a tale Titolo del Codice § 18).

Cosicchè può ritenersi che per le opere che facesse l' usufruttuario diverse dalle riparazioni ordinarie e straordinarie, il diritto romano richiedeva ch'egli ne venisse indennizzato quando fossero riusciti utili al fondo. E la ragione era che l'usufruttuario non può essere del tutto eguagliato a chi in mala fede facesse opere sul suolo altrui, perchè egli ve le fa per trarre maggiore utilità dalla cosa durante il tempo in cui gode l'usufrutto, e se le opere son tali che riescano perpetuamente utili alla cosa, si può l' usufruttuario considerare come un gestore di negozii del proprietario (1).

(1) Per Codice civile, oltre alle norme proprie delle riparazioni ordinarie e straordinarie di cui si è parlato nella precedente nota, si distinguono due altre specie di opere che l'usufruttuario potrebbe fare — Cioè—1. costruzioni, piantagioni, condotti d'acqua ed altre opere nuove somiglianti, ed allora riescono applicabili gli art. 450 e 705 già da noi esposti nella teoria dell'accessione al § 386 perchè non si può mettere in dubbio che l'usufruttuario che fa tali opere sia in mala fede, dal momento ch'egli sa di dover lasciare il fondo, e sa il divieto della legge che gl'impone la salvezza della cosa e nella materia e nella forma, art. 477 — 2. opere che senza toccare la materia o la forma della cosa, la migliorino, come l'ingrasso de' terreni, gli ornamenti di una casa e simili, e allora l'usufruttuario non à diritto ad indennità, ancorchè il valore della cosa fosse aumentato, perchè, come disse il Tribuno Perreau nel corpo legislativo di Francia, deve ritenersi che i vantaggi che quegli conseguì da tali miglioramenti compensino le spese da lui fatte. Ma se il fondo presentasse da una parte de' miglioramenti, e dall'altra delle deteriorazioni, è giusta una compensazione perchè sarebbe stato troppo duro vedere che l'usufruttuario fosse all'un tempo tenuto a risarcire i danni e perder le migliorie. Così à disposto il Codice italiano nell'art. 495, ma à ristretto tale compensazione al solo caso in cui le deteriorazioni non sieno avvenute per grave colpa dell'usufruttuario, affinchè non sembrasse che gli si voglia dare autorità, sotto pretesto di migliorare una parte del fondo, di troppo trascurare l'altra.

Nel medesimo articolo si dichiara inoltre, che quando non vi sia luogo a compensó, potrà l'usufruttuario ripigliare le fatte addizioni, ove possano togliersi con qualche suo profitto e senza danno della proprietà, salvochè il proprietario preferisca di ritenerle, rimborsando all'usufruttuario una somma corrispondente al prezzo che questi ne potrebbe ritrarre staccandole dal fondo. La ragione del diritto concesso all' usufruttuario sta in ciò che avendo egli fatto addizioni che si possono togliere, à manifestato la volontà di non volerne formare una dotazione perpetua del fondo. E la ragione del diritto concesso al proprietario di potergliele pagare è che non si deve, quando si possa, turbare la connessione tra due cose unite, e d'altro canto ciò riesce indifferente all'usufruttnario dal momento che n'è pagato.

Digitized by Google

§ 511. Quanto poi a' pesi, l'usufruttuario è tenuto *ad onera et tributa*, come ad esempio canoni, balzelli ecc., per la ragione che essi colpiscono i frutti.

Ma se si tratti di un usufrutto non *singulae rei*, come di un fondo o di un palazzo, ma *omnium bonorum*, cioè di un patrimonio come accadrebbe se una eredità si lasciasse ad uno e l'usufrutto ad un altro, in tal caso restano bensì a carico dell'usufruttuario i pesi e i tributi, che colpiscono i frutti, ma si entra in dubbio pel pagamento de' debiti e de' legati.

A chi spetta di pagarli, al proprietario o all'usufruttuario? È certo che spetta a chi è stato istituito erede nella proprietà perchè egli è successore universale, e non a chi ha avuto l'usufrutto il quale e successore a titolo singolare cioè legatario, e i debiti e i legati si pagano di regola dall'erede e non dal legatario. Pur tuttavolta è massima di diritto che *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.* Fr. 39 § 1 *de verborum significatione* 50, 16, ond'è giusto detrarre dall'usufrutto tanta parte di beni per quanta ne risponde ai debiti ed a' legati (1).

Sempre nel medesimo articolo 495, il Codice permette all'usufruttuario di togliere gli specchi, i quadri, ed altri ornamenti che avesse fatto collocare nel fondo rustico od urbano tenuto in usufrutto, con l'obbligo però di rimettere ogni cosa nel primitivo stato. E la ragione è che se ciò vien concesso anche al possessore di mala fede, maggiormente lo deve essere all'usufruttuario, e per tali cose poi manca del tutto la volontà di lui di volerne dotare il fondo.

(1) Il Codice civile segue codeste norme e le amplia. Distingue innanzi tutto i carichi, che gravano i frutti, come sarebbero i tributi, i canoni ecc. dai carichi che possono essere imposti alla proprietà durante l'usufrutto, come ad esempio, un prestito forzoso. Pone i primi a carico dell'usufruttuario, perchè al comodo dei frutti deve rispondere l'incomodo dei pesi, art. 506. Pone i secondi a carico del proprietario obbligando l'usufruttuario a corrispondergli lo interesse della somma pagata, e dichiarando che se l'usufruttuario anticipa il pagamento di que' carichi imposti alla proprietà, ha diritto di essere rimborsato del capitale alla fine dell'usufrutto, art. 507. La ragione è che se il proprietario non pagasse tali carichi, sarebbe venduta una parte della proprietà e l'usufruttuario perderebbe i frutti di tal parte, onde è giusto che egli ne paghi gl'interessi, ovvero, pagandone egli il capitale, il proprietario ne lo rimborsi alla fine dell'usufrutto.

Distingue poi l'usufruttuario di una o più cose particolari, dall'usufruttuario di un patrimonio o di una quota di patrimonio, e dichiara che il primo non deve pagare i debiti e i legati perchè essi si pagano da' successori universali, ed egli sarebbe successore singolare; e che il secondo cioè l'usufruttuario di un patrimonio o di una quota di patrimonio, deve per intero o in proporzione della sua quota soggiacere al pagamento degli interessi di tutti i debiti e legati, di cui il patrimonio è gravato, perchè tanto scema il patrimonio per quanto è il valore dei debiti e dei legati. Qualora poi l'usufruttuario ne facesse il pagamento, egli avrebbe diritto a riavère il capitale senza interesse al termine del-

Digitized by Google

Doveri dopo finito l'usufrutto.

§ 512. L'obbligo che ha l'usufruttuario dopo finito l'usufrutto, obbligo che si trasmette a' suoi eredi, è di restituire la cosa con gli accessorii al proprietario, e di rispondere de' deterioramenti ad essa avvenuti per suo dolo o per sua colpa (1).

ESTINZIONE DELL' USUFRUTTO.

§ 513. Sono molti i modi di estinzione perchà *nullum jus fragilius usufrutctu, qui sua natura ad proprietatem unde exivit tendit et currit.* Cujac. Obs. L. 23, C. 22.

Volendo però disciplinare que' modi per classi e sottoporre queste a principii, si trova

1. Che essendo l' usufrutto una servitù personale, finisce con la vita della persona che lo gode, sempre quando però uon vi sia un collegatario congiunto cui spetti per diritto di accrescere. E perchè per diritto romano la morte era naturale o civile, l' usufrutto finiva anche per la morte civile che si avea per la massima e media diminuzione di capo (v. § 108). Se poi l'usufrutto si fosse concesso a corpi morali, finiva a capo di cento anni, *ne si perpetuo duret nulla utilitas sit nudae proprietatis.* Fr. 56 *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7. 1. Fr. 8 *de usu et usufructu* 33. 2 (2). Ma se accadeva che l'usufrutto fosse conceduto ad alcuno fino a che un terzo giungesse ad una determinata età, era dovuto fino al tempo stabilito

---

l'usufrutto. Che se nè l'usufruttuario nè il proprietario vogliano pagare i debiti ed i legati, si vende una porzione dei beni soggetti all'usufrutto fino alla concorrente somma dovuta, art. 509.

Il Codice infine stabilisce che l'usufruttuario è tenuto a sopportare le spese delle liti riguardanti l'usufrutto, e le condanne a cui le stesse liti potessero dar luogo. Se le liti riguardano tanto la proprietà quanto l' usufrutto, vi saranno tenuti il proprietario e l'usufruttuario in proporzione del rispettivo interesse, art. 510.

(1) Teoria uniforme, arg. art. 477, 484, 515, e 1151, purchè i deterioramenti, ncn avvenuti per dolo o grave colpa, non si compensino con le migliorie, giusta quanto si è detto in nota al § 510.

(2) Per le stesse ragioni l'usufrutto per Codice civile finisce con la morte dell'usufruttuario, art. 515, purchè non vi sia luogo a diritto di accrescere a vantaggio di altro usufruttuario congiunto art. 885. Ma l'usufrutto stabilito in favore di comuni o di altri corpi morali per atto tra vivi o di ultima volontà non può eccedere la durata di trenta anni essendo reputata sufficiente una generazione che corrisponde a tale periodo, art. 518. Oggi non è riconosciuta la morte civile, onde la perdita della cittadinanza non fa decadere dall'usufrutto: lo stato di libertà non si può perder mai (v. nota al § 108).

Digitized by Google

anche quando il terzo muoia prima, perchè il costituente non *respexit ad vitam hominis; sed ad certa curricula*. L. 12. Cod. *de usufructu* 3. 33 (1)

2. Che essendo l'usufrutto un diritto reale sulla cosa altrui, finisce con la consolidazione, cioè con la riunione nella stessa persona delle qualità di usufruttuario e di proprietario. Del pari finisce col non usarne per dieci anni fra presenti, e venti fra assenti.

Finisce eziandio con la perdita totale della cosa, ma non con la perdita parziale, e così bruciati tutti i mobili dati in usufrutto, questo finisce per mancanza di oggetto. Ma bruciatane la metà, l'usufrutto resta sull'altra metà. Ciò è semplice, ma la difficoltà s'incontra per l'usufrutto sopra gli edifizii, i quali perendo interamente lasciano l'area e i materiali, sopra i quali sarebbe possibile all'usufruttuario esercitare un godimento. Or per Diritto Romano era disposto che, caduta interamente una casa, l'usufrutto finiva. La ragione che se ne dava, era che quante volte fosse una casa perita all'intutto, lo stato dei luoghi veniva a variarsi in modo che si perdeva anche l'antico nome, e d'altronde mancava la intenzione del testatore, che ebbe certamente riguardo all'uso o godimento speciale che dalla casa può aversi; ma l'usufrutto tornava a rivivere se la casa si fosse ricostruita nella forma primiera, perchè in generale le servitù risorgono quante volte le cose siano ristabilite in modo che se ne possa nuovamente fare uso. Quando poi la casa caduta avesse fatto parte di un fondo, l'usufrutto si conservava e sul fondo, e sull'area dell'edificio, e su' materiali per la ragione che il diritto di usufrutto investe tutto il corpo della cosa (2).

---

(1) Teoria uniforme, art. 517.

(2) Per Codice civile l'usufrutto finisce pure con la consolidazione, col non uso per lo spazio di trenta anni, col totale perimento della cosa, art. 515. Se una sola parte della cosa soggetta ad usufrutto perisce, l'usufrutto si conserva su ciò che resta art. 519. Se l' usufrutto è stabilito sopra un podere, del quale faccia parte un edificio, e questo venga in qualsivoglia modo a perire, l'usufruttuario avrà diritto a godere dell'area e de' materiali, art. 520.

Fin qui il Codice segue il Diritto Romano.

Ma il Codice se ne discosta per due punti, cioè per l'usufrutto stabilito sopra un edificio che venga interamente a perire, e per l'abuso che l' usufruttuario faccia della cosa.

Quando l'usufrutto è stabilito sopra un edificio, e questo venga a cadere, l'usufrutto non si estingue, ma l' usufruttuario à diritto di godere dell'area e de' materiali, art. 520 capov. La ragione è che chi à diritto al tutto, à diritto a ciascuna parte, e non può negarsi che l'area e i materiali formino parte dell'edificio, e che da tal parte può l'usufruttuario trarre qualche godimento. Ma d' altro canto non dovea privarsi il proprietario della facoltà di riedificar la casa valendosi di quegli stessi materiali: ciò anche richiedeva il principio *ne urbs ruinis deformetur*, e perciò in quello stesso art. 520 capov.

Digitized by Google

Intanto qui è d'uopo aver presente ciò che si è detto per le riparazioni straordinarie al § 509.

3. Che la costituzione dell'usufrutto per volontà dell'uomo essendo un atto di alienazione di un diritto frazionario della proprietà, può essere costituito con modalità, e sussiste sempre quando si mantenga fermo il diritto dell'alienante. Onde l'usufrutto cessa: 1. con lo spirare del tempo per cui fu stabilito, purchè l'usufruttuario non sia morto prima della scadenza, mentre l'usufrutto non si trasmette agli eredi — 2. coll'avverarsi la condizione risolutiva che venne pattuita — 3. con la cessazione del diritto nel costituente, non essendo dubbio che *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, Fr. 15, 16,

---

è disposto che il proprietario possa farlo, privando l' usufruttuario dell' usufrutto, e pagandogli durante il tempo in cui questo sussiste, gl' interessi del valore dell'area e de' materiali. Cosicchè oggi, ricostruendosi il nuovo edificio dal proprietario, non risorge l'usufrutto. Ma si avverta bene che ciò ha vigore quando l'edificio sia interamente caduto, perchè se fosse caduto soltanto in parte, e il proprietario ricostruisse la parte caduta, l'usufruttuario à diritto a goderla secondo le norme da noi già spiegate per la riparazione straordinaria in nota al § 509.

Relativamente al secondo punto innovato, cioè per l'abuso che l'usufruttuario faccia della cosa, il Diritto romano non se ne dava pensiero perchè precisamente per l'abuso sta il correttivo della cauzione cui l'usufruttuario è tenuto. Ma ne' secoli posteriori al diritto romano si credè non sufficiente la cauzione, *quia satisdatio non mutat malevolum propositum satisdantis, sed diutius grassandi in re aliena facultatem ei praebet*, come scrisse il Fabro Cod. Lib. 3. Tit. 23 def. 2. Onde il Tribuno Gary disse, nella compilazione del Codice Francese, esser giusto di togliere il godimento di una cosa a colui che ne abusa, altrimenti si riconoscerebbe in lui il diritto di annullare la proprietà. Il bisogno poi se ne faceva più sentire nel caso che l'usufruttuario fosse stato dispensato dalla cauzione. Ma il togliere l'usufrutto ad alcuno è sempre cosa molto grave, anche perchè vi può esser l'interesse de' creditori dell'usufruttuario a far che questi continui nel godimento. Per codesti interessi divergenti, dell' usufruttuario che ha diritto al godimento, de' creditori che han diritto sui beni di lui e per conseguenza sull'usufrutto ch'egli ha sulla cosa, e del proprietario che ha diritto a veder salva la sua proprietà, il Codice ha sanzionato un sistema conciliativo nell'art. 516, disponendo che l'usufrutto può cessare per l'abuso che faccia l'usufruttario del suo diritto, o alienando beni, o deteriorandoli, o lasciandoli andare in deperimento per mancanza di ordinarie riparazioni; ma che l'autorità giudiziaria potrà, secondo le circostanze, ordinare che l'usufruttuario debba dar cauzione qualora ne fosse esente, o che i beni sieno affittati o posti sotto amministrazione a spese di lui, o dati anche in possesso al proprietario con l'obbligo di pagare annualmente all' usufruttuario od agli aventi causa da lui una somma determinata durante l'usufrutto. Permette intanto il Codice a' creditori dell'usufruttuario d' intervenire nel giudizio per conservare le loro ragioni, offrire il risarcimento de' danni e dare cauzioni per l'avvenire.

Digitized by Google

e 19, *quibus modis ususfructus amittitur* 7. 4. L. 5 Cod. *de usufructu* 3, 33 (1).

Uso.

§ 514. Quando de' tre elementi ond' è costituito il diritto di proprietà, cioè l' *uti*, il *frui*, e l' *abuti*, de' quali abbiam discorso al § 501, il primo soltanto si conceda a qualcuno, allora si à il diritto reale di uso.

Onde l'uso va definito—*Jus alienis rebus tantum ad necessitatem utendi, salva earum substantia*. Dal punto che l' *uti* risente della necessità e de' bisogni personali, la definizione riesce chiarissima.

L' uso era in origine ristretto a più angusti limiti, perciocchè chi ne avea il diritto non poteva percepir punto di frutti della cosa. Ma parecchi Giureconsulti credettero estendere la facoltà dell' usuario anche alla percezione de' frutti e in quella stretta parte corrispondente a' bisogni e alla condizione della persona, e della sua famiglia, e ciò fecero principalmente perchè concedendosi d'ordinario l' uso per testamento, *plenius voluntates testantium interpretantur*. Fr. 12. *de regulis juris* 50. 17. Fr. 4. § 1. Fr. 10. § 4. Fr. 12. § 1. e 2 e Fr. 15 *de usu et habitatione* 7. 8. (2).

§ 515. Le principali differenze tra l' usufrutto e l' uso sono due, cioè — 1 che l' usufrutto conferisce il pieno godimento della cosa, e l'uso un godimento limitato alla necessità, la quale può variare a seconda de' bisogni, e così ad esempio estendersi se alcuno prende moglie ed a' figliuoli, restringersi se l' una e gli altri muoiano — 2 che l' usufrutto è divisibile, e l' uso è indivisibile, come è indivisibile la necessità per la cui soddisfazione è stabilito (Veggasi quanto è detto al § 283) (3).

Codesto elemento della necessità, che tanto spicca nella teoria

(1) Teoria uniforme, art. 515.

(2) Così è anche per Codice civile, art. 521, ond' è che si ritiene — 1 che l' usuario è escluso dalla percezione de' frutti che non soddisfano a' bisogni della persona, come ad esempio dal godimento delle miniere esistenti sul fondo sopra cui à avuto l' uso — 2 che l' uso è limitato allo stato di coltura in cui si trova il fondo al momento in cui esiste il diritto, onde l' usuario non potrebbe ad esempio coltivare a grano il terreno apparecchiato per indaco—2 che egli nè anche potrebbe pretendere di avere maggior parte di un genere che risponde a' suoi bisogni (come ad esempio il grano) per poterlo vendere ed avere legna, olio, e simili. Il Codice inoltre stabilisce che la parola *famiglia* dev'essere strettamente intesa, cioè nel senso che comprenda marito, moglie, e figli anche nati dopo che cominciò il diritto di uso, onde ne sono esclusi gli ascendenti, i collaterali, e gli affini, art. 523. Veggasi quanto è detto al § 94 e note appostevi.

(3) Teoria uniforme, art. 477. 521. 1202. 644.

Digitized by Google

dell'uso, mena alla conseguenza che l'usuario non può cedere o locare l'esercizio del suo diritto, come può l'usufruttuario. Fr. 11 *de usu et habitatione* 7. 8. E la ragione è che se mai ne facesse una cessione o una locazione, dimostrerebbe di non più averne un personale bisogno, e inoltre l'elemento della necessità richiede che si debba avere riguardo alla persona dell' usuario, e sarebbe arduo designare per alcuno i limiti della necessità in riguardo alla persona di un altro i cui bisogni son soggetti a variazioni. Possono però i contraenti, e può il concedente di un uso, stabilire che sia lecito all' usuario di cedere e di locare l' esercizio del suo diritto, ma ciò è per la facoltà concessa a quelli di estendere o restringere le conseguenze del diritto di uso senza cangiarne l' essenza, come si è detto al § 501. Anzi si ritiene in alcuni casi tacitamente data tale facoltà dal testatore e specialmente la facoltà di locare quando trattasi di cose destinate alla locazione, e concesse a persone che ne esercitano mestiere, e così sarebbe l' uso di cavalli da viaggio ad un cocchiere, di una locanda a un locandiere, perciocchè si vede che tale è stata l' intenzione del testatore, altrimenti nè il cocchiere nè il locandiere avrebbero a trarre godimento alcuno, sia pure ne' limiti della neceesità, se l' uno non potesse dare a nolo i cavalli, e l' altro non potesse dare in affitto le stanze (1).

§ 516. Del rimanente l'uso può versare, come l' usufrutto, sopra qualunque specie di beni mobili o immobili, e può esser concesso con modalità diverse, come a termine, sotto condizione ec. (2) Ed anehe l' usuario, a pari dell' usufruttuario, à doveri cui è tenuto prima, durante, e dopo l' uso concessogli. Prima che l' uso cominci, deve dar cauzione (3). Durante l' uso, egli deve godere da buon padre di famiglia, e, secondo la destinazione data dal proprietario, conservare la sostanza della cosa e nella materia e nella forma, e contribuire alle spese e a carichi in proporzione de' frutti che ritrae dalla cosa (4). Dopo l' uso, egli deve restituire la cosa al proprietario (5).

Anno intanto qualche cosa di singolare l' uso delle cose fungibili, e l' uso de' boschi. Per le cose fungibili, il diritto romano ritenea che l' uso dovesse uguagliarsi al quasi usufrutto seguendosi le nor-

---

(1) Teoria uniforme, art. ed argom. art. 476, 521, e 528.

(2) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 476, 477, 478, 521 e 522.

(3) E per Codice Civile vi è l' obbligo della cauzione e dell' inventario, ma l' autorità giudiziaria può dispensare dalla cauzione secondo le circostanze, art. 525.

(4) Teoria uniforme, art. 521, 526, e 527.

(5) Teoria uniforme, art. ed argom. art. 477 e 521.

Digitized by Google

me da noi già dette al § 504. Pe' boschi poi l'uso era eguagliato all'usufrutto (1).

Resta per ultimo ad avvertire che l'uso finisce negli stessi modi dell'usufrutto (2).

Abitazione.

§ 517. Questo punto nei testi del Diritto Romano apparisce oscuro e poco armonico, e giova conoscerne la ragione, la quale è che l'abitazione non solo ammette usufrutto ovvero uso, ma ha una natura speciale perchè rientra tra gli alimenti come abbiamo detto al § 230, ed inoltre la espressione della volontà dell'uomo che disponga dell'abitazione non è sempre felice e precisa. E così, legato ad alcuno il diritto di abitazione in una casa, s'intende legato a lui l'usufrutto o l'uso di questa? Ed anche quando si fosse parlato di usufrutto di abitazione (*usufructus domus aut aedium*), avrebbe potuto l'usufruttuario di essa cederla ad altri gratuitamente, o perderla per non uso dal momento che l'abitazione rientra fra gli alimenti? E se si fosse parlato di uso di case (*usus aedium*) avrebbe potuto negarsi all'usuario la facoltà di accoglierví un ospite, ed anche di affittarne qualche stanza, restringendosi egli nell'abitazione oltre il limite della necessità?

Codesti dubbii furono origine di dispute fra i ginreconsulti, e, come può bene immaginarsi, essi non erano tutti di accordo.

Non è nostro còmpito di dilungarci ad esporre le varie loro sentenze, limitati come siamo alla parte elementare, ma rimandando i giovani a più maturi studii nelle fonti, dobbiamo accennare soltanto che Giustiniano cercò di porre fine a tali controversie con la Leg. 13 Cod. *de usufructu et habitatione* 3. 23, facendo dell'abitazione un istituto *sui generis*, che in certo modo risentiva dell'usufrutto delle case, sebbene ne fosse diverso.

Chi avea tale diritto potea godere di tutta la parte di casa che fosse abitabile, e potea anche locarla, ma non cederla ad altri gratuitamente, nè godere delle pertinenze.

Il godimento dovea esser fatto da buon padre di famiglia, a quale

(1) Per Codice civile in quanto alle cose fungibili si osservano pure le norme già da noi dette in nota al § 504 a proposito del quasi usufrutto, salvo sempre il limite della necessità, art. ed argom. art. 483, 484 e 521.

Pe' boschi il Codice civile si rimette a leggi particolari art. 530, più di tutto perchè l'uso delle selve è disciplinato con norme speciali, e d'ordinario è conferito agli abitanti di un comune, sicchè in tal caso non si à più una servitù personale, ma una servitù prediale, come si è detto al § 500.

(2) Teoria uniforme, art. 529.

Digitized by Google

uopo chi ne avea il diritto dava cauzione e sosteneva il carico delle riparazioni ordinarie e dei tributi.

L'abitazione finiva per gli stessi modi pei quali avea termine l'usufrutto e l'uso, ma non finiva per diminuzione di capo, nè per non uso, cioè per prescrizione.

Le differenze tra l'usufrutto e l'abitazione, ossia le limitazioni fatte al diritto di abitazione rimpetto a quello di usufrutto, si spiegano dacchè *l'habitatio in facto potius quam in jure consistit*, come disse Modestino nel Fr. 10 *de capite minutis*. 4. 5. Ora è d'uopo intendere l'idea di codesto giureconsulto. Per doppia ragione il diritto di abitazione consiste nel fatto. L'una è che l'abitazione è un alimento dell'uomo, il quale non potrebbe vivere senza il riparo di una casa, onde non può scompagnarsi da essa. L'altra è che gli stranieri abitavano col fatto in Roma, benchè non godessero diritti civili. Emanando così l' abitazione dal fatto, è facile spiegare le differenze tra essa e l'usufrutto, or ora notate. Nel diritto di abitazione non si intendevano comprese le pertinenze perchè queste non sono destinate al ricovero della persona, ma alla comodità come ad esempio i giardini, o ai negozii come ad esempio le botteghe. Non si poteva cedere gratuitamente il diritto di abitazione, perchè mancava il fatto, cioè l'alimento alla persona, o il surrogato con una cessione onerosa. Si poteva bensì locare, ma la locazione richiede il prezzo, il quale è un surrogato di alimenti. Non si perdeva poi il diritto di abitazione per diminuzione di capo, perchè è un diritto che riposava sul fatto di cui godevano anche gli stranieri, nè si perdeva mediante la prescrizione per non uso perchè ognun sa che la prescrizione è cosa tutta di diritto civile e l'abitazione consiste nel fatto (1).

Opere dei servi e degli animali.

§ 518. L'opera de'servi, a cui era eguagliata l'opera degli animali, Fr. 5. § 3. *usufructuarius quemadmodum caveat* 7. 9, è il diritto di percepire ogni utile dalle opere dei servi o degli animali altrui. Codesto diritto era meno dell'usufrutto, perchè chi aveva diritto alle opere del servo non lo aveva per gli acquisti che il servo

(1) Il Cod. civ. riconosce il diritto di abitazione, e lo uguaglia perfettamente all'uso, art. 522 a 529. Semplice qual'è il nostro Codice, ha bandito quì come altrove le romane sottigliezze, ed à ritenuto che il diritto di abitazione costituisce uso. È ammesso l'usufrutto di abitazione, ma è mestieri che si dica di volerlo concedere. Cosicchè oggi per le abitazioni vi è diritto di uso e diritto di usufrutto, e quante volte si parli di diritto di abitazione e senza dichiarare che si vuole intendere l'usufrutto, tale diritto va inteso per uso.

Digitized by Google

avesse fatto; ed era intanto più dell'uso perchè e il servo e l'animale altrui potevano essere locati, nè per le opere vi era il limite della necessità. Al pari poi del diritto di abitazione, non si estingueva nè pel non uso, nè per diminuzione di capo (1).

AZIONI IN MATERIA DI SERVITU'

§ 519. Chi vuole agire in giudizio con azione derivante da servitù può farlo o perchè si dichiari il diritto reale che per tal titolo gli spetta, o perchè si dichiari che egli à il possesso di tale diritto.

D'altro canto chi non deve una servitù che da altri si pretenda, è pure guarentito in modo somigliante nella sua libertà, appoggiandosi alla proprietà o al possesso.

Di che si vede che la servitù è protetta con azione petitoriale o con azione possessoriale. Per la proprietà, pe'diritti reali sulla proprietà altrui, pel possesso, e pel giudizio petitoriale e possessoriale veggansi § 327, 331, 352 e 363. Inoltre per le servitù può esservi denunzia di nuova opera e di danno temuto, di che abbiamo parlato ai § 354 e seguenti.

Cosicchè per le servitù v'ànno quattro classi di azioni, cioè — 1 petitorie — 2 possessorie — 3 di denunzia di nuova opera — 4 di danno temuto — E noi le esporremo ne'seguenti punti (2).

Azioni petitorie per le servitù.

§ 520. Due casi possono verificarsi, cioè — 1. che alcuno agisca per far dichiarare che à il diritto di servitù sulla cosa altrui — 2. ovvero che uno agisca per far dichiarare che la sua cosa è libera da una servitù che altri pretenda — Nel primo caso l'obbiettivo è di ottenere la dichiarazione che esiste la servitù, cioè che l'avversario confessi di doverla, onde l'azione si chiama *confessoria* — Nel secondo caso l'obbiettivo è di ottenere la dichiarazione che la cosa è libera, cioè che l'avversario neghi la servitù che pretende, onde l'azione si chiama *negatoria*.

Per lo che l'azione confessoria è un azione reale diretta a far di-

---

(1) Oggi la cosa è semplice. Tanto l'usufrutto quanto l'uso possono costituirsi sopra cose stabili e sopra cose mobili, e perciò un animale può formare oggetto di usufrutto ovvero di uso, e si applicano secondo i casi le norme proprie dell'uno o dell'altro istituto, art. 477. 478. 521.

(2) Per diritto vigente la teoria è uniforme — Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

chiarare la esistenza della servitù sulla cosa altrui, e l'azione negatoria è un azione diretta a far dichiarare la libertà della cosa propria (1).

Come si vede, tanto nell'uno che nell'altro caso vi é una vera revindica, cioè nell'azione confessoria v'è la revindica della frazione di dominio costituente il diritto di servitù (*vindicatio servitutis*), e nella negatoria v'è la revindica della libertà della cosa (*vindicatio libertatis*) — Ed ecco perchè nel Digesto se ne parla sotto il Titolo — *Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur* 8. 5.

§ 521. Intorno alla natura di codeste azioni non vi può esser difficoltà — Ma le difficoltà sono per la prova.

Chi deve dare la pruova per l'una e chi per l'altra azione?

Colui il quale agisce con azione confessoria à il carico della prova perchè si presume la libertà della cosa che egli sostiene esser soggetta a servitù (2).

Chi agisce con azione negatoria ha in suo favore quella presunzione di libertà, e perciò deve provare soltanto le molestie date a tale libertà, ed il danno inferitogli, se ne chiede il risarcimento. La prova della servitù spetta di regola a chi l'asserisce, non a chi la nega (3).

Se non che può verificarsi il caso che una servitù stia in esercizio. Or quando ciò avvenga, chi deve dare la prova? Deve dare la prova della libertà chi agisce con azione negatoria, o invece deve dare la prova della servitù chi è in possesso della servitù medesima?

La quistione è molto dibattuta fra gl'interpetri, ma la soluzione più razionale è quella che debba dare la prova della libertà chi agisce con azione negatoria. Perciocchè chi sta in possesso non deve provare, L. 28. Cod. *de rei vindicatione* 3. 32. L. 11 Cod. *de petitione hereditatis* 3. 31, per la ragione che il possesso costituisce una presunzione di diritto, per lo che, pel fatto stesso del possesso, chi sta in esercizio della servitù si presenta con una presunzione in suo favore, presunzione che manca all'avversario, perchè il fatto permanente, vince la presunzione generale di libertà delle cose. Pongasi ad esempio che siesi agitato in possessorio una causa di servitù, che l'abbia vinta il proprietario del fondo dominante, e perduta il proprietario del fondo servente, e che questi, dopo perduta la lite, passi ad agire con azione negatoria in via petitoria. Il giudizio sarà

(1) Queste due azioni confessoria e negatoria sono così denominate anche oggi in pratica, sebbene oggi le azioni non abbiano un nome particolare — Tali azioni si appoggiano agli art. 436 e 531.

(2) Teoria unif. art. 531. 1151. 1312.

(3) Teoria uniforme, art. 436, 531, 1151, 1312.

Digitized by Google

certamente fatto sopra base diversa qual'è quella del diritto reale di proprietà, ma certamente chi ha vinto in possessorio ha almeno una presunzione in suo favore. Or tale presunzione si ha sempre pel fatto del possesso, sia che si fosse, sia che non si fosse attivata la lite in possessorio. Ond'è chiaro che chi agisce con azione negatoria se trova il possesso della servitù nell'avversario, trova contro di sè una presunzione, e perciò dev'egli provare la libertà (1).

§ 522. Ma che sarà per le discipline imposte alla proprietà?

Per esse la cosa è semplice. Tutto dipendendo dalle disposizioni di legge, non deve farsi la prova della costituzione del diritto, ma soltanto del fatto delle molestie.

Per altro, come abbiamo avvertito, al § 481, ciascuno può rinunciare al diritto derivante dalla Legge per codeste limitazioni, e può costituire una vera servitù Fr. 31 *de pactis* 2. 14. Romagnosi. Condotta delle acque § 547. Così, ad esempio, non si possono piantare alberi se non ad una determinata distanza dal terreno del vicino, ed è questa una limitazione al diritto di proprietà, ma se alcuno permetta al vicino di poterli piantare a distanza più breve, si avrà una vera servitù. Così del pari, lo stillicidio deve cadere sul proprio suolo o sulla via pubblica, ma se il vicino consenta di farlo cadere sul suo terreno, si avrà una vera servitù.

Or quando si è rinunziato al diritto che provviene dalla limitazione stabilita dalla Legge, e si è costituita una servitù, riprendono vigore tutte le regole proprie dell'azione confessoria e negatoria innanzi precisate (2).

§ 523. Da ultimo giova avvertire che per Diritto romano concedevasi anche per le servitù l'azione confessoria o negatoria pubbliciana, quando ricorrevano gli estremi proprii di questa, e di cui abbiamo parlato al § 376. Codesta azione era analoga alla revindicazione, e di facile prova, onde se applicavasi per la proprietà, non v'era ragione a negarla per le servitù Fr. 11 § 1. *de pubbliciana in rem actione* 6. 2 Fr, 1 § 2 *de servitutibus praediorum rusticorum* 8. 3. (3).

Azioni possessorie per le servitù.

§ 524. Abbiam veduto al § 335, che il possesso consiste nel

(1) Anche per Codice civile la quistione è dibattuta, ma a base degli articoli 436, 531, 685, 1312 è generalmente ritenuta la soluzione quì accennata.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 531 e 1236.

(3) Il Codice civile non riconosce l'azione pubbliciana per la proprietà, come abbiam detto al § 376, e perciò essa non sarebbe nè anche ammessibile per le servitù.

Digitized by Google

nel fatto, ma che col fatto possono possedersi de' diritti mediante l'esercizio di essi, cioè mediante gli atti ripetuti de' diritti medesimi. Per tale specie di possesso, cui i giureconsulti diedero il nome di *possessio juris* o *quasi possessio*, si riconobbe in diritto romano un effetto giuridico somigliante a quello del possesso sulle cose corporali. Per lo che, come per le cose corporali vi è il diritto di proprietà e vi è il possesso legittimo delle cose stesse, così per le cose incorporali, quali sono le servitù, vi è il diritto ad una determinata servitù e vi è il possesso legittimo del diritto di essa. E come per le cose corporali si può agire a base del diritto di proprietà con azione vendicatoria di cui abbiam parlato ai § 370 e seguenti, ovvero a base del possesso con le azioni possessorie di cui è parola nei § 336 e seguenti; del pari per le incorporali cioè per le servitù si può agire a base del diritto che le ha costituite e con azione confessoria o negatoria, di cui ora abbiamo tenuto discorso, ovvero a base del possesso, astrazion fatta di sapere se chi esercita la servitù abbia realmente il diritto di esercitarla.

Resti dunque fermo nella mente, che anche per le servitù si può agire in giudizio possessorio, che è quanto dire, che per le servitù si possono far valere in giudizio le azioni possessorie, cioè gl' interdetti che eran proprii delle cose corporali, e che son precisati nei § 342 e seguenti (1).

Per altro deve conoscersi in qual modo si giunse ad estendere e ad applicar pienamente alle servitù, le quali costituiscono diritti cioè son cose incorporali, la teoria delle azioni possessorie che fu inventata per le cose corporali.

Il Pretore estese dapprima *utiliter* gl' interdettti *uti possidetis et unde vi* all'usufrutto, ed era ragionevole perchè l'usufrutto, consistendo nel pieno godimento della cosa, si manifesta pel possesso nella stessa maniera del possesso di una cosa corporale. E in effetti poco è a discernere tra il possesso esteriore di fatto che alcuno à a titolo di proprietà, e il possesso esteriore di fatto che alcuno à a titolo di usufrutto, perchè entrambi godono la cosa e percepiscono *omnes fructus*.

Codesto primo passo fu seguito in *diritto nuovo* per tutte le servitù personali, perchè concorreva la stessa ragione (Vatic. fragm. 90, 91. Fr. 4, *uti possidetis* 43, 17. Fr. 3. § 14, 15 e 16. Fr. 9. § 1, *de vi* 43, 16. Fr. 2, pr. e § 8, de precario 43, 26. Fr. 27, in fine *de donationibus* 39, 5.

(1) E per Codice civile si posson far valere per le servitù le azioni possessorie delle quali abbiam parlato in nota a' § 342 e seguenti, ma con le restrizioni di cui nelle seguenti note.

Digitized by Google

Ma v'erano le servitù prediali. Or queste andavano distinte in urbane e rustiche (vedi § 470). Non avrebbe potuto estendersi indistintamente a tutte la teoria delle azioni possessorie, perchè, come abbiam cennato a'§ 470 e 474, le prime d'ordinario sono continue, cioè per essere usate richiedono il ministero dell' uomo soltanto nel principio, come le servitù *tigni immittendi*, *luminis* ec, mentre per contrario le servitù rustiche ordinariamente sono discontinue, cioè richiedono il ministero dell'uomo anche per l'esercizio come le servitù *itineris*, *aquaeductus* ec. Pertanto alle servitù urbane si estese l'interdetto *uti possidetis*, perchè essendo di loro natura continue, si poteva senza difficoltà applicare la teoria che è propria di chi possiede una cosa corporale Fr. 8, § 5, *si servitus vindicetur* 8, 5. Fr. 3, § 5 e 7 *uti possidetis* 43, 17. Per le servitù rustiche poi, ch' erano d'ordinario discontinue, e per qualcuna urbana che era anche discontinua come ad esempio la *servitus cloacae*, si fecero interdetti speciali. E così nel Digesto leggonsi i Titoli *de cloacis* 43, 23, che versa sull'azione possessoria per ripulire la cloaca; *de itinere actuque privato* 43, 19 che tratta dell'azione possessoria per la servitù di passaggio; e in simile modo il Titolo *de aqua quotidiana et aestiva* per l'uso dell'acqua altrui in ogni giorno o nell'està; il Titolo *de rivis reficiendis* 43, 21, per restaurare i condotti d'acqua; il Titólo *de fonte* 43. 22, per attingere l'acqua alla fonte altrui.

Fin qui giunse il Diritto Romano. Ma il Diritto Canonico estese di poi l' esercizio delle azioni possessorie anche ad altri diritti diversi da quelli di servitù, e così alle decime, a' censi consegnativi ec. (veggasi § 335), e il diritto comune, seguendolo in questa larghezza, ammise l' esercizio delle azioni possessorie, non solo per le servitù continue e discontinue, ma anche per le apparenti, e non apparenti, per le affermative e negative, delle quali abbiam parlato al § 470 (1).

(1) Tanta larghezza è stata frenata dal Codice Civile, il quale stabilisce come principio che non può aver luogo l' azione possessoria di manutenzione per lè cose che non possono acquistarsi con prescrizione mediante il possesso. Or, come abbiamo veduto in nota al § 469 non possono acquistarsi con la prescrizionè, ma è necessario il titolo, per le servitù continue non apparenti, e per le servitù discontinue sieno o non sieno apparenti, perchè esse ànno ordinariamente un carattere equivoco che può facilmente confondersi con la tolleranza. Laonde se si tratti di servitù continue e non apparenti, ovvero di servitù discontinue sieno o non sieno apparenti, non si può oggi agire con azione possessoria di manutenzione se non nel solo caso, che il possesso legittimo di esse sia durato oltre un anno, e sia fondato sopra un titolo, il quale deve consistere in un documento costitutivo ovvero ricognitivo della servitù e che provvenga dal proprietario, art. 630 e 634. Ma quì si deggiono fare due avvertenze: la prima è che il rigore della Legge, sta per chi voglia esser man

Digitized by Google

Azione di denuncia di nuova opera e di danno tenuto per le servitù.

§ 525. Della natura e degli elementi della denuncia di nuova opera, e di danno temuto, abbiamo tenuto parola ne'§ 354 e 363, ove abbiamo detto che tali azioni non sono nè possessorie nè petitorie, sibbene misure straordinarie che tendono a mantenere inviolate le ragioni di possesso o di proprietà, cioè costituiscono un provvedimento provvisorio che resta fermo finchè non sia deciso sulle ragioni de' contendenti, le quali ragioni possono nel giudizio posteriore riferirsi tanto al possessorio che al petitorio.

Or nella stessa guisa che tali azioni di denuncia di nuova opera e di danno temuto si concedono per la proprietà e pel possesso di una cosa corporale, vanno del pari concesse per i diritti reali sopra cose corporali, tra cui rientrano le servitù. È mestieri soltanto che concorrano tutti i requisiti che per tali azioni la legge richiede, e che leggonsi ne'suddetti § 354 a 362 (1).

---

tenuto nell' esercizio di una servitù che deve appoggiarsi a titolo, non già al proprietario del fondo sul quale la servitù si pretenda esercitare, e che chiede esser mantenuto nel libero godimento del fondo medesimo; la seconda è che deve trattarsi di vera azione di manutenzione di servitù, non già di proprietà o di comproprietà, nel quale ultimo caso basterebbe il possesso senza il titolo.

Per riguardo poi all' azione di spoglio non è necessario nè titolo nè possesso legittimo, e vanno applicate le norme da noi già spiegate in nota a'§ 349 e seguenti.

Inoltre il Codice Civile stabilisce nell' art. 700 che in tutte le quistioni di possesso in materia di servitù, la pratica dell'anno antecedente, e quando si tratti di servitù esercitate ad intervalli maggiori di un anno (come per le tagliate de'boschi), la pratica dell'ultimo godimento, determina i diritti ed i doveri tanto di chi ne gode quanto di chi la deve, e di ogni altro interessato— Ciò per altro si riferisce soltanto alla estensione e al modo di esercizio della servitù, non già alla quistione relativa al possesso di questa, pel quale possesso è necessario il concorso de'requisiti richiesti dalla legge per l'esercizio dell'azione possessoria,

(1) Teoria uniforme, art. ed argom. art. 477. 521. 531, 698, e 699.

Digitized by Google

PEGNO, PRIVILEGI, ED IPOTECHE

§ 526. Chi si obbliga, obbliga il suo. È questo un principio di diritto naturale più che civile, e tiene alla sicurezza del credito pubblico e privato.

D'altro canto chi vuol contrarre un debito, gode ne'casi ordinarii di maggiore o minor credito, secondochè abbia molti o pochi beni. I beni dunque formano la fiducia del credito, e la guarentigia dei creditori, i quali, laddove non sieno pagati, possono apprenderli, venderli, e realizzare il loro diritto. Ma la guarentigia dei creditori sui beni de' debitori è più o meno efficace secondochè vi sia o non vi sia un pegno (presa questa parola in senso lato), dapoichè se esso vi è, i creditori che lo ànno vi trovano la sicurezza del pagamento, sia per la persecuzione della cosa anche contro i terzi, sia pel diritto ad esser pagati a preferenza degli altri creditori. Codesta sicurezza dovuta ai creditori che ànno un pegno è l'obbiettivo comune a tutti gl'istituti di questa estesa ed intrigata teoria (1).

Pegno è così detto da *pugno*, quasichè si abbia in mano la sicurezza del proprio credito. Pegno perciò vale sicurezza. Il Diritto Romano ebbe per esso tre periodi successivi. Nel primo vi era la *fiducia*, la quale si operava per mezzo della *mancipatio* o della *in jure cessio* della cosa che costituiva la sicurezza del credito, con l'obbligo della *remancipatio* quando il debitore adempisse alla sua obbligazione nel tempo determinato: era una specie di vendita col patto di ricompra. Nel secondo vi fu il *pignus*, cioè la tradizione materiale della cosa che costituiva la sicurezza del credito, conferendone al creditore il solo possesso. Nel terzo periodo più progredito si ebbe la *hypotheca*, cioè un ligame di diritto reale che si attaccava alla cosa del debitore per la sicurezza del creditore, senza che quegli ne perdesse la proprietà o il possesso.

La teoria della guarentigia reale ebbe finalmente un completo sviluppo, e fu chiamata col nome generico di *pegno*, il quale si presentò in tre modi, cioè — 1° o per la semplice custodia di una cosa del debitore, e in tal caso v'è il *pegno* propriamente detto — 2° o per la custodia ed il godimento della cosa medesima e allora si à l' *anticresi* (parola che viene dal greco e che significa godimento di

(1) Per diritto civile moderno i principii sono uniformi, art. 1948 e 1949 Cod. Civ., art. 553 e seguenti Codice proc. civ.

Digitized by Google

una cosa in cambio di un'altra) — 3° o pel diritto del creditore sopra una cosa del debitore, senza che vi sia nè custodia nè godimento, e si à l'*ipoteca* (parola che anch' essa viene dal greco e che significa l' atto per cui si pone una cosa sotto la fede altrui). Sia poi che si tratti di pegno, o di anticresi, ovvero d'ipoteca, era pei Romani indifferente, se la cosa che ne formava l'obbietto fosse stata mobile o immobile, potendosi così dall'una come dall'altra avere sicurezza. Stabilito il pegno, l'anticresi, o l'ipoteca, sorgeva un diritto reale sulla cosa medesima per esser pagato con sicurezza sulla stessa cosa, anche quando fosse passata in altre mani, ma se la cosa specialmente ipotecata era mobile, il debitore non potea venderla sotto pena di furto, perchè rendeva difficile l' esercizio dell' azione ipotecaria. La sicurezza provveniva non solo dal poter perseguitare la cosa presso i terzi, ma più che altro dal diritto di prelazione, cioè dal diritto di essere pagato a preferenza degli altri creditori che non avessero avuto quella guarentigia reale. Tal prelazione intanto fu dai Romani concessa anche a qualche creditore per riguardo alla sola causa del credito, senza che vi fosse stato nè pegno, nè anticresi, nè ipoteca. Cosichè tutto il sistema di diritto romano riposava — 1° sul pegno propriamente detto — 2° sull'anticresi — 3° sui privilegii — 4° sulle ipoteche. Ma l'anticresi rientrava nel pegno, sia perchè l'una e l'altro avean comune l'elemento della custodia della cosa, sia perchè l' anticresi non era più che un patto aggiunto al contratto di pegno per riguardo al godimento della cosa medesima; onde la trattazione di questo istituto va distinto in tre parti, cioè — 1° nel pegno — 2° ne'privilegi — 3° nelle ipoteche (1).

(1) Per Codice Civile si ànno e pegno, e anticresi, e privilegii, ed ipoteche, art. 1878, 1891, 1950, 1952, 1964, ma vi son tre gravi differenze. La prima è che l'anticresi non produce diritto reale, cioè non dà più preferenza nel pagamento, ma produce soltanto un diritto personale, articolo 1897. La ragione è che oggi l'anticresi non conferisce più al creditore la custodia e il godimento, ma il solo godimento, onde, mancato l'elemento della custodia, non v'era ragione a mantenere il diritto reale. Ciò si è fatto perchè, versando l'anticresi ordinariamente ne'tempi Romani sugli stabili, ed oggi essendo permessa su' soli stabili, bisognava assoggettare chi vuole su di essi un diritto reale ad una iscrizione ipotecaria per poterla rendere pubblica, ed evitare così l'inganno de'terzi. La seconda differenza è che il pegno si costituisce sopra i mobili, l'anticresi e l' ipoteca soltanto sopra gli stabili, art. 1878, 1891, 1967. La ragione è di non impacciare il trapasso de' mobili d'una in altra mano, e di rendere disinvolto e sicuro il credito, e specialmente il credito fondiario. La terza differenza è che, sebbene oggi il pegno costituisca in genere un diritto reale e dia perciò una preerenza al creditore pel pagamento, pure ciò accade soltanto per un privilegio che la legge accorda, e non in tutti i casi, ma in que' soli ne' quali alla legge è sembrato opportuno, art. 1958 n.° 3, 4, 6, 8 e 9. Oggi i privilegii di diritto romano, e i diritti reali derivanti dal pegno romano, costituiscono tutti un pri-

Digitized by Google

I.

Pegno.

§ 527. La definizione del pegno è — *Ius in re supposita vel deposita propter alterius obligationis fidem, et adimplendae rei debitae vinculum.* Sempre si à la sola custodia, ed il fine è sempre là sicurezza del credito, e si distingue in legale altrimenti detto tacito, giudiziale, e convenzionale, secondochè la cosa è vincolata al diritto reale del creditore per forza di legge, di sentenza del magistrato, o di convenzione delle parti (1).

Pegno legale, cioè tacito.

§ 528. È di due specie, cioè il pegno pel pagamento della locazione, e il pegno pel pagamento del trasporto dei mobili.

Era usanza in Roma che gl' inquilini dessero in pegno al locatore i mobili co' quali guernivano la casa per garanzia del pagamento della pigione, e codesta convenzione si accostava al vero pegno, il quale richiede la custodia del creditore, perciocchè il locatore teneva in certo modo in sua custodia i mobili dell' inquilino nella casa appigionata. Or il Pretore Servio concesse un pegno tacito, cioè per sola forza di legge e senza convenzione, a vantaggio de'locatori su'mobili degl' inquilini (*invecta et illata*) pel pagamento della pigione, cosicchè i locatori per forza di legge ebbero d'allora

---

vilegio, ond'è che il Codice Civile parla bensì del pegno tra i contratti, articolo 1878 e seguenti Cod. Civ.; ma ricorda che il pegno dà un privilegio e non un diritto reale art. 1879 detto Codice: il Codice Civile e di procedura Civile parlano bensì del pegno giudiziale, cioè della esecuzione forzosa su'beni del debitore, art. 2071 e seguenti Cod. Civ., 553 e seguenti Cod. proced. civ., ma non danno privilegio alcuno a' creditori che vi procedono, i quali creditori godevano per diritto Romano del diritto reale di prelazione. Le leggi odierne ànno ristretto la categoria de' diritti reali derivanti dal pegno, e li ànno convertito in privilegii confondendoli e classificandoli con tutti gli altri privilegii che ànno per sola base la causa del credito. La ragione per la quale il diritto odierno à fatto tale innovazione, cioè di restringere i privilegii, e convertire in privilegii i diritti reali di pegno, indubbiamente è che i privilegii sono creazioni di sola legge, e non effetto di convenzioni di parti, o di sentenza di Giudice, e al Legislatore premea richiamare a sè questo diritto, e dispensarlo con equa e scarsa misura per evitare i pesi occulti e l'inganno alla buona fede de' terzi, costringendo chi à diritti reali a renderli pubblici mediante la iscrizione ipotecaria di cui parleremo a suo luogo. Tutto ciò spiega perchè il Codice Civile nel Titolo XXIII tratta *de' privilegii e delle ipoteche*, mentre il Titolo I Libro XX del Digesto tratta *de pignoribus et hypothecis.*

(1) Il pegno può distinguersi anche per diritto civile odierno in legale, giudiziale, e convenzionale, ma non v'è più diritto reale, invece v'è privilegio, e soltanto per alcuni casi. Veggasi la nota precedente.

Digitized by Google

in poi il diritto di esser pagati a preferenza degli altri creditori del l'inquilino. Un altro Pretore chiamato Salvio concesse al locatore di fondi rustici di mettersi in possesso delle cose che l'affittuale vi avea portate per guernirli, come pure de'fruttid e'fondi affittati, per esser pagato del prezzo della locazione a preferenza degli altri creditori dell'affittuale. Pe'mobili portati dal conduttore su'predii rustici od urbani che fossero, que'due Pretori ritennero un tacito assenso tra locatore e conduttore pel pegno come sicurezza del pagamento del prezzo di locazione. Pe'frutti poi è chiaro che chi affitta un fondo rustico, si riserva tacitamente il dominio de'frutti pel pagamento del prezzo di locazione (1).

Il vetturale o il marinaio ànno un pegno tacito, cioè per forza di legge e indipendentemente da ogni convenzione, su' mobili che trasportano pel pagamento del nolo (*ut naulum exsolvatur*). Concorrono in ciò tutti gli estremi del pegno, perchè chi trasporta à la custodia, e s'intende tacitamente consentito il pegno pel pagamento, quando si dá e si accetta l'incarico pel trasporto (2).

Pegno giudiziale.

§ 529. Il risultato ultimo de'giudizii è l'esecuzione delle sentenze per avere ciò che ci appartiene. A tal fine si procede prima al pegno, poi alla vendita de' beni del debitore, e quindi al pagamento del creditore.

In quanto al pegno giudiziale il sistema romano era che, finito il giudizio con sentenza, il creditore facea citare con *l'actio judicati* il debitore per la esecuzione, e il Giudice la ordinava se non vi fossero state ragioni in contrario. Dopo di ciò, se il debitore non pagava, si procedeva all'esecuzione forzosa, che si faceva dagli *apparitores*, apprendendo in pegno i beni del debitore, de'quali entrava in possesso il creditore. Il pegno dovea cadere innanzi tutto su'mobili, e, in caso d'insufficienza, sugli stabili; e, quando questi mancavano, su'diritti; e tutto difettando si ricorreva al possesso della persona stessa del debitore (3).

---

(1) Per Codice Civile i locatori ànno privilegio e sui mobili portati da'conduttori, e sopra i frutti de'fondi rustici, art. 1958 n. 3 e 4.

(2) Per Codice Civile v'è privilegio, art. 1959 n. 9, anzi il Codice per le somministrazioni e mercedi dell'albergatore, gli dà privilegio sugli effetti del viandante che sono nel suo albergo, art. 1958 n. 8.

(3) Oggi si comincia col precetto di pagamento per mano d'usciere, e, scorso il termine stabilito senza opposizioni e senza pagamento, ovvero ottenutasi la sentenza di rigetto delle opposizioni, l'usciere procede al pegno de' mobili e gl'immobili indicati nel precetto restano sotto pegno; ma non si dà al creditore il possesso della cosa pignorata. Si possono indistintamente pignorare mo-

Digitized by Google

Il sistema romano per riguardo alla vendita era che veniva disposta dal Giudice, e potea farsi due mesi dopo il pegno giudiziale. Si procedeva all'asta pubblica a vantaggio del maggior offerente, ma dovea trarsi dalla vendita il giusto prezzo. Se questo non si ricavava, o non presentavansi oblatori. il creditore avea il diritto di farsi aggiudicare il pegno e sempre a giusto prezzo, ovvero di ritenersiil pegno per potere così esser pagato col godimento de'frutti (1).

In quanto poi al pagamento, coerentemente al principio che il pegno conferisce un diritto reale, il creditore pignorante avea un diritto di prelazione sul ritratto della vendita di fronte agli altri creditori, ma il diritto di lui cedeva rimpetto a'creditori privilegiati ed ipotecarii di data precedente (2).

§ 530. V'era poi un pegno speciale chiamato *pretorio* per la vendita de'beni de'falliti o prossimi a fallire, e che ordinariamente si allontanavano e rendevansi contumaci (*venditio bonorum*). I creditori, d'ordine del Pretore, erano immessi nel possesso di tutti i beni del debitore, e tali beni erano venduti nell'insieme, come se si fosse trattato di successione, e il compratore dovea pagare i creditori sino alla concorrenza del prezzo di acquisto, preferendo i creditori privilegiati e ipotecarii (3).

§ 531. V'era inoltre una specie di esecuzione anticipata, che potea farsi su'beni del debitore prima della sentenza, qnando vi fosse stato pericolo di perdere le garenzie del credito (4). Era un sequestro, e se ne parlerà tra i contratti nella teoria de'sequestri, i quali formano un appendice al contratto reale di deposito.

---

bili stabili o diritti. Non v'è di regola l'arresto personale in mancanza di beni. Art. 2076, 2078, 2084, 2085 Cod. Civ., art. 577, 593, 599, 659 Cod. proc. civ.

(1) Oggi per la vendita della cosa pignorata la procedura è uniforme, ma la vendita si fa al maggiore offerente a qualunque prezzo, lieve che sia, e viene in vario modo permessa l'aggiudicazione della cosa pignorata al creditore, se questi la voglia, art. 605, 623, 634, 635, 638, 643, 663. 666, 674, 675 Cod. pr. civ. art. 2076 Cod. Civ.— La ragione per la quale la vendita si fa a qualunque prezzo, e l' aggiudicazione è poco favorita e non può esser mai forzosa, sta nel principio—*aliud pro alio invito creditori solvi nequit*.

(2) Oggi non v'è prelazione de' creditori pignoranti art. 651 Cod. proc. civ. e art. 2085 Cod. Civile, e la Legge à potuto negar loro tale diritto perchè, come si è detto nella nota al § 526, i diritti reali di pegno si sono convertiti in privilegii. La ragione poi è che, dandosi quella preferenza la qual sarebbe logica, è rovinato il debitore, perchè tutti i creditori correrebbero a pignorare, tostochè un solo cominci, avendo tutti interesse ad assicurare la prelazione l'uno sull'altro, e così con la rovina del debitore i creditori non raggiungono l'intento se i beni non sono tanti da poterli pagar tutti, come ordinariamente accade.

(3) Oggi tale pegno pretorio à analogia col fallimento; art. 533 e seguenti Cod. Commerciale.

(4) Teoria uniforme, art. 924 e seguenti Cod. proc. civ.

Digitized by Google

§ 532. Rimane a parlare dell'arresto personale. Questo ne'tempi romani à subìto tre fasi. Dapprima il creditore potea farsi aggiudicare la persona del debitore, e poteva venderlo come schiavo, e ritrarne il prezzo, dopo averlo tenuto prigione in sua casa per 60 giorni. Di poi fu tolta la facoltà della vendita, e venne permessa *l'addictio* ne'soli effetti della schiavitù fino a quando il debitore con le opere che prestava a vantaggio del creditore non avesse scontato tutto il debito. Da ultimo fu permesso soltanto che il creditore potesse menare il debitore in carcere, ma avea l'obbligo di alimentarlo: vi era però una doppia limitazione; la prima per la cessione de' beni la quale era permessa a' debitori sventurati e di buona fede, cessione che li esimeva dal carcere, restando però sempre debitori della somma residua in caso di prospera fortuna; la seconda pel beneficio di competenza, che anche menava alla esenzione dal carcere, del quale beneficio si parlerà a proprio luogo, cioè, tra i contratti e precisamente nella teoria che tratta de' modi pei quali vengono ad essere disciolti (1).

Pegno convenzionale.

§ 533. È costituito dal contratto di pegno e dall'anticresi, e se ne parlerà nella teoria delle obbligazioni tra i contratti reali.

Per la priorità tra i diversi pegni, legali giudiziali o convenzionali che sieno, e per la priorità nel concorso di pegni ed ipoteche, si parlerà or ora tra gli effetti delle ipoteche, e precisamente tra le regole proprie della prelazione.

II.

Privilegii.

§ 534. La definizione de'privilegii nella materia ipotecaria è—*Iura praelationis a lege concessa ex caussa crediti*. Il privilegio è un diritto di prelazione che accorda la legge a certi crediti, la cui causa o titolo è meritevole di speciale favore. Nè la convenzione delle parti nè il giudice possono creare privilegii, essendone lasciata la valutazione alla sola legge in considerazione della qualità del credito. *Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa*. Per Diritto Romano i creditori privilegiati che erano preferiti a tutti i creditori, ed anche agl'ipotecarii, erano due soli, cioè i creditori delle spese di esecuzione forzosa sopra i beni che vi erano sottoposti, e i creditori delle spese pe'funerali del debitore sopra i beni che questi lasciava.

(1) Oggi l'arresto personale, di cui tratta il Codice Civile negli art. 2093 e seguenti, è abolito, meno per restituzioni, risarcimento di danni, e riparazioni derivanti da reati. Legge 6 dicembre 1877, n. 4166, Serie 2.

Digitized by Google

Inoltre per diritto Romano valevano de' privilegii anche nelle ipoteche e ne' crediti chirografarii, cosicchè le ipoteche distinguevansi in privilegiate, e non privilegiate, e i crediti chirografarii in privilegiati e non privilegiati. Quali poi erano codeste ipoteche privilegiate, e quali i crediti chirografarii privilegiati, si vedrà or ora tra gli effetti delle ipoteche nella parte relativa al diritto di prelazione (1).

III.

Ipoteche.

Idee preliminari.

§ 535. La definizione della ipoteca è—*Pactum quo creditori jus in re constituitur in securitatem crediti, non translata in creditorem possessione.* I giureconsulti Romani, logici per eccellenza, idearono un sistema ipotecario perfettamente logico, ma che oggi riuscirebbe difettoso, specialmente pe' progressi della novella scienza economica. Que' Giureconsulti valutavano molto nelle ipoteche l'interesse indi-

(1) Per Codice Civile i due privilegii delle spese di esecuzione e delle spese funebri sono riconosciuti, art. 1956 n. 1 e 2, anzi il Codice associa alle spese funebri altri privilegii ignoti al Diritto Romano, cioè le spese d'infermità e somministrazioni di alimenti, e i salarii alle persone di servizio negli ultimi sei mesi di vita del debitore, art. 1956 n. 3 e 4 Cod. Civile, e la ragione è che bisogna assicurare il soccorso agl' infermi, e provvedere al riposo delle ceneri de' defunti, ed alla pubblica igiene.

Inoltre il Codice non riconosce ipoteche privilegiate, ma riconosce crediti chirografarii privilegiati dopo pagati gl'ipotecarii, art. 1963, e la ragione n' è che il Codice à voluto render sicuro il credito fondiario, il quale à la sua base nelle ipoteche: assicurate in modo eguale e senza privilegii le ipoteche, si potevano concedere privilegii a taluni de' creditori chirografarii, i quali eran degni di favore per la causa del credito.

La tela del Codice Civile intorno a' privilegii è molto estesa non solo perchè à convertito in privilegii i diritti reali di pegno, come si è detto nella nota al § 526, ma perchè à convertito pure in privilegii alcuni diritti reali d'ipoteca tacita del Diritto Romano, come vedremo or ora.

Di più, il Codice Civile distingue i privilegii su' mobili da quelli sugl'immobili, art. 1955 e seguenti, 1961 e 1962, e mentre è largo per gli uni, al segno che riconosce anche de' privilegii generali su' mobili, art. 1957 e 1956, è assai ristretto per gli altri, di modo che sugl' immobili oggi v' ànno due soli privilegii, cioè quello delle spese del giudizio di spropriazione, e l' altro de' crediti de' tributi dovuti allo Stato, art. 1961 e 1962. La ragione del novello sistema è sempre riposta nel fine di liberare gl'immobili da' pesi occulti. Oggi di pesi occulti sugli stabili non vi può essere altro che il pagamento anche limitato de' tributi, e il pagamento delle spese del giudizio di espropriazione, cosicchè a ciascuno è facile conoscere l'ammontare del debito per quegli occulti pesi. La sicurezza del credito fondiario è perfetta, e il sistema è assai bello, ed è lodato anche da Giureconsulti stranieri.

Digitized by Google

viduale dei creditori ipotecarii ed aveano un particolare riguardo al primo tra questi; ma, più che altro, la scienza economica à suggerito invece la necessità di una maggior guarentigia pe' terzi, e di un maggior favore per la sicurezza e per la rapidità del credito come elemento di ricchezza nazionale (1).

(1) La prima luce rispondente a' bisogni economici fu data dalla sagace repubblica di Venezia, la quale impose il principio della pubblicità. Gli studii economici sempre più perfezionandosi, consigliarono altri due principii, cioè quello della specialità delle ipoteche, e l'altro del convertimento delle ipoteche privilegiate, e quasi tutte occulte, in privilegii ristretti quasi all' in tutto sui mobili.

Cosicchè su questo proposito le principali odierne innovazioni in quasi tutta Europa di fronte al Diritto Romano si riducono principalmente a tre, cioè — 1° alla pubblicità — 2° alla specialità — 3° a' privilegii.

Di questi ultimi si è già discorso nel § 534, e deve parlarsi delle altre due innovazioni.

La pubblicità si fa nell'uffizio delle ipoteche, art. 1938 e 1981 Cod. Civile, ed è distinta in *trascrizione* ed *iscrizione*. La trascrizione si à per la pubblicità de' titoli traslativi del dominio di un immobile, o costitutivi di diritti che ne diminuiscono la libertà, o ne scemano la piena disponibilità, art. 1932 e seguenti.

La iscrizione si à per la pubblicità de' crediti ipotecarii, art. 1981.

La specialità è pe' soli crediti, ed è doppia, cioè la ipoteca dev' essere speciale sopra beni determinati, e speciale per somma determinata, articoli 1965, 1987, 1992.

Giova conoscere la ragione del principio di pubblicità nella trascrizione, del principio di pubblicità nella iscrizione, del principio di specialità ne' beni e nella somma; e la ragione per la quale i privilegii non vanno soggetti nè a trascrizione, nè ad iscrizione.

La trascrizione è una specie di tradizione pubblica, e i Romani non l' avevano perchè davano molta importanza alla tradizione materiale, importanza che oggi è mancata, come abbiamo veduto parlando di essa ne' § 412 e seguenti.

Or la ragione del principio di pubblicità nella trascrizione è per poter proteggere la buona fede de terzi, e per evitare litigii, dapoichè a tal modo tutti sanno con precisione chi è il proprietario dello stabile, e quali sono i pesi che vi gravitano.

La ragione della pubblicità della iscrizione è perchè i terzi siano avvisati che il proprietario dello stabile à debiti guarentiti da ipoteca che è costituita sopra lo stabile medesimo, il quale perciò à minor valore, onde la ricchezza apparente del debitore è realmente scemata.

La ragione della specialità ne' beni e nella somma è per evitare gl'inconvenienti a' quali menerebbero le ipoteche generali su tutti i beni del debitore, ovvero i crediti per somma non determinata, e per provvedere all' interesse dei terzi, i quali con la specialità ne' beni e nella somma non possono restare ingannati sullo stato economico del debitore.

La ragione per la quale i privilegii non sono soggetti nè a trascrizione nè ad iscrizione, è perchè essi dipendono soltanto dalla causa del credito, e perchè si possono facilmente prevedere, e conoscerne anche il quantitativo, essendosi ora ridotti a due soli i privilegii sugli stabili come abbiamo detto in nota al § 534

Digitized by Google

Principii generali.

§ 536. Son quattro :

1. La ipoteca è un diritto reale, che si fa, come gli altri diritti reali, valere *adversus omnes*, ma che, a differenza degli altri, è dipendente da un rapporto obbligatorio, del quale forma la sicurezza, e di cui perciò segue le sorti — La obbligazione, cui può accedere l'ipoteca, può essere civile o naturale, presente o futura, pura, condizionale, o a termine, propria del debitore o di un terzo (1).

2. La ipoteca è indivisibile — *tota in toto, et tota in qualibet parte.* L'ipoteca perciò si estende alle accessioni, alle costruzioni, ed ai miglioramenti, e si mantiene sempre, anche per la diversa coltura del fondo (2).

3. Può formare oggetto d'ipoteca la proprietà ed ogni gradazione di cui essa è capace, purchè possa dar sicurezza al creditore, onde si possono ipotecare tutte le cose corporali e incorporali, purchè sieno alienabili (3). Segue da ciò che si può ipotecare un credito ipotecario, facendone intimazione al debitore del credito dato in pegno, ciò che è conosciuto col nome di *suppegno* (4). Non si possono ipotecare le servitù prediali, nè le servitù personali, meno l'usufrutto (5).

4. Tutte le ipoteche svaniscono tostochè sia venduta con azione ipotecaria la cosa ipotecata, e la proprietà passa libera nelle mani del compratore (6).

---

(1) Per Codice Civile il principio è uniforme, art. 1964.

(2) Teoria uniforme, art. 1964 e 1966.

(3) Per Codice Civile la teoria è uniforme, ma il Codice limita le ipoteche la' soli immobili art. 1964 e 1967 affinchè i mobili abbiano un facile trapasso il credito sia sicuro sugli stabili, e si evitino le liti. Si è permessa però la ipoteca sulle rendite sopra lo Stato per fecondare il movimento della ricchezza nazionale, e agevolare il mutuo ipotecario, art. 1967.

(4) Il Codice Civile ammette il suppegno art. 1994, benchè e credito e ipoteche sieno cose mobili art. 418, perchè il credito mediante l'ipoteca poggia sopra un elemento economico immobiliare, e perchè il credito si realizza con a vendita dell'immobile.

(5) Il Codice Civile è uniforme, art. 1967. La ragione è che la servitù prediale è qualità di fondi, onde la ipoteca pel fondo comprende la servitù. L'uso e l'abitazione scemano ed aumentano secondo i bisogni, e l'ipoteca non può esser soggetta a queste oscillazioni. L'usufrutto poi si può ipotecare perchè è frazione stabile e sicura di dominio.

(6) Teoria uniforme, art. 2090, 2091 e 2092 Cod. Civ. La ragione è che le ipoteche vengono ad essere realizzate con la vendita, dal momento che le ipoteche tendono a dar sicurezza mediante la vendita e la prelazione sul prezzo che se ne ritrae.

Digitized by Google

Divisione delle ipoteche.

§ 537. Le ipoteche si distinguono in

1. Ipoteche legali, altrimenti dette tacite, ipoteche giudiziali, ed ipoteche convenzionali, secondochè derivino dalla legge, dal giudice, o dalla convenzione delle parti, nella quale ultima rientra la ipoteca testamentaria (1).

2. Ipoteche privilegiate, e non privilegiate, cioè crediti ugualmente ipotecarii, de'quali gli uni ànno preferenza sugli altri (2).

3. Ipoteche generali o speciali, secondochè affettino tutti i beni presenti e futuri del debitore, o soltanto beni specialmente indicati (3).

4. Ipoteche palesi od occulte, e le ipoteche palesi pubbliche o private. Le pubbliche sono quelle che risultano da un documento pubblico, o da una scrittura firmata da tre testimoni stimabili e integri. Le private sono quelle costituite in modo meno solenne. Le occulte sono quelle derivanti dalla legge (4).

Ipoteche legali, cioè tacite.

§ 538. Le ipoteche si concedono dalla legge indipendentemente da qualunque disposizione del giudice, o da qualunque convenzione delle parti, per ragioni che si delineano sotto tre aspetti (5),

1.° per interesse pobblico, in quanto alla esazione de'tributi, sia su'beni del debitore pel pagamento de'tributi medesimi, sia su'beni degli amministratori ed esattori per la esattezza della loro gestione (6).

2.° per la qualità della persona, onde la ipoteca legale in vantag-

(1) Per Codice Civile si fa la medesima divisione, art. 1968.

(2) Questa divisione oggi non è stata ritenuta. Veggasi nota al § 534, e quanto altro si dirà nelle seguenti note.

(3) Oggi le ipoteche sono tutte speciali. Veggasi quanto è detto in nota al § 535. Nè può costituirsi ipoteca convenzionale sopra beni futuri, art. 1977.

(4) Per Codice Civile, tutte le ipoteche sono palesi perchè si debbono iscrivere. Veggasi quanto è detto in nota al § 535. Non si fa più distinzione tra ipoteche pubbliche o private, dovendovi soltanto essere per tutte titolo scritto autentico o autenticato, o accertato giudizialmente; art. 1978, 1985 e 1987.

(5) Teoria uniforme — Vegganse le seguenti note — Ma anche le ipoteche legali sono pubbliche e debbono iscriversi. Art. 1969, 1982 e 1983 Cod. civ.

(6) Per Codice Civile vi è privilegio, disposto in vario modo su'beni de'debitori pel pagamento de'tributi, art. 1957, 1958 n.° 1 ed 11, 1962 e 1969 n.° 5, e vi è privilegio su'valori di malleveria per la responsabilità degli esattori articolo 1958 n. 10, e di tutti i Contabili dello Stato, de'Comuni, e di altri Corpi morali, art. 1958 n. 11. Vi è poi ipoteca legale a favore dello Stato su' beni del condannato per le spese di giustizia, a favore della parte civile pel risarcimento de' danni, ed a favore del difensore, art. 1969 n. 5.

Digitized by Google

gio del minore su'beni del tutore, e della donna maritata su'beni del marito per sicurezza della dote (1).

3.° per ragione di beneficio, onde a vantaggio di colui che diede danaro per migliorare o conservare una cosa mobile, si dà ipoteca legale sulla stessa cosa; ed a vantaggio di colui che diede danaro per riparazioni o ricostruzioni di edificii, si dà ipoteca legale sugli edificii medesimi (2).

Ipoteche giudiziali.

§ 539. Per diritto romano ne'tre giudizii divisorii *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, il Giudice avea estesi poteri come si è detto nella esposizione di tale teoria a' § 399 e seguenti, e fra gli altri effetti vi era quello di poter costituire una ipoteca a vantaggio di un condividente sui beni dell' altro condividente (3).

---

(1) Per Codice Civile, la teoria è uniforme, art. 292, 293, 1969, n. 3 e 4, 1982, 1983, 1984, 2002.

(2) Il Codice Civile, che à bandito le considerazioni di equità nella materia ipotecaria, à ritenuto un privilegio pel solo primo caso, cioè sulla cosa mobile, a vantaggio di colui ehe vi ha fatto spese per conservarla o migliorarla quante volte però ne sia in possesso, art. 1958 n. 7. Non ha ritenuto nè privilegio nè ipoteca legale per chi diede danaro per riparazioni e ricostruzioni di edifici, attese le gravi quistioni cui dava luogo per stabilire il valore delle migliorie fatte, e perchè ad ogni modo chi dà il danaro può guarentirsi con ipoteca convenzionale sull'immobile migliorato o comprato.

Il Codice Civile poi, contrariamente al Diritto Romano, ha concesso al venditore od altro alienante, ipoteca legale sulla cosa venduta per l' adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione, come ad esempio pel pagamento, e lo ha fatto sia per assicurare sulla cosa alienata l'adempimento dell'obbligo corrispondente, sia per dare un mezzo ond'evitare la risoluzione del contratto, art. 1969 n. 1. Per Diritto Romano invece si partiva in tal caso dal principio che era colpa del venditore di aver seguita la fede del compratore, senza costituire una ipoteca convenzionale sulla cosa alienata.

(3) Per Codice Civile è mancato ogni arbitrio al Giudice nei giudizii divisorii, come si è detto in nota a'§ 400 e seguenti, e perciò non potrebbe egli costituire una ipoteca somigliante. Ma oggi invece v'é diritto ad ipoteca legale pe' soli rifacimenti e conguagli tra coeredi, socii, ed altri condividenti e non per la garanzia delle quote, art. 1969 n. 2. La ragione è che i rifacimenti e conguagli son debiti certi, e la garanzia delle quote è cosa tutta eventuale, che molte volte non mena ad alcuno effetto.

Invece per Codice Civile vi è altra specie d'ipoteca giudiziale d' invenzione tutta francese, ed è diretta a dar forza alle sentenze dei Magistrati, alla cui base si può iscrivere una ipoteca contro il debitore, art. 1970 e seguenti, mentre per Diritto Romano le sentenze potevano produrre soltanto il pegno, come si è detto a' § 529 a 532.

Digitized by Google

Ipoteche convenzionali.

§ 540. Chi vuol dare in ipoteca una cosa, di regola deve averne la disponibilità, e dev'esser capace di alienarla, perchè la ipoteca contiene un germe di alienazione in cui consiste la sicurezza del creditore. Segue da ciò che, anche quando alcuno non sia in possesso della sua cosa, ma abbia soltanto il diritto di revindicarla, anche quando alcuno abbia una proprietà risolubile sopra una cosa, può assoggettarla ad ipoteca; ma questa corre la vicenda del diritto, vale a dire la ipoteca nel primo caso avrà valore quando il diritto sarà dichiarato, e nel secondo durerà fino alla risoluzione (1). — Segue del pari che niuno può ipotecare la cosa altrui, anche quando chi ha ipotecato ne divenga poi proprietario (2), ma può alcuno ipotecare la cosa altrui sotto condizione che divenga sua, e la ipoteca prende forza tostochè l'abbia acquistata (3). Segue inoltre che se si ricercano forme e solennità per determinate persone nella vendita dei loro beni, come accade ad esempio pei minori, le stesse forme e solennità sono necessarie per la ipoteca (4).

Trasmissione dei privilegi e delle ipoteche cioè surrogazione.

§ 541. La surrogazione di un creditore ad un altro nei privilegii e nelle ipoteche, cioè la trasmissione dei privilegii e delle ipoteche da una persona all'altra, si opera per tre maniere — 1. per pagamento — 2. per cessione — 3. per novazione.

1. Per pagamento, la surrogazione può accadere o per opera del creditore, o per opera del debitore, o per opera di un terzo.

Per opera del creditore accade quando questi, ricevendo il pagamento da un terzo, lo surroga nei suoi diritti, nei suoi privilegii, e nelle sue ipoteche — Tale surrogazione deve essere espressa, e non deve trattarsi di cessione che il creditore faccia al terzo, di che si parlerà nel numero seguente (5).

Per opera del debitore, quando il debitore che prende a prestito una somma di danaro per pagare un debito ipotecario, surroga il mutuante nei diritti del creditore (6). Ciò è giusto perchè può premere al debitore di avere un creditore che non promuova la ven-

(1) Per Codice Civile la teoria è uniforme, art. 1976.
(2) Teoria uniforme, art. 1459, 1974, 1976.
(3) Teoria uniforme, art, 1976.
(4) Teoria uniforme, art. 296 e 301.
(5) Per Codice Civile la teoria è uniforme, art. 1252 n. 1
(6) Teoria uniforme, art. 1252 n. 2.

Digitized by Google

dita, nè gli altri creditori possono dolersi perchè la loro posizione resta invariata.

Per opera del terzo quando un creditore ipotecario posteriore paga un altro che ha diritto di essergli preferito; e la ragione è doppia, sia perchè il solo primo creditore ipotecario à diritto di vendere la cosa ipotecata, sia perchè questi potrebbe vendere la cosa in momento inopportuno e far rimanere insoddisfatti i creditori posteriori (1). Ovvero quando il compratore di una cosa ipotecata impiega il prezzo di compra per pagare qualcuno de' creditori ipotecarii, in luogo di cui egli si mette, nel quale caso il compratore resta creditore ipotecario per sola finzione di diritto, nel fine di salvarlo da' creditori ipotecarii posteriori, non potendo certamente alcuno avere una ipoteca sulla cosa propria (2). Ovvero quando un fideiussore o legittimo possessore della cosa ipotecata paghi il creditore ipotecario (3).

2.' Per cessione, la surrogazione si à quando alcuno cede ad altri il suo diritto coi privilegii ed ipoteche. La cessione de'privilegii e delle ipoteche deve essere espressa, perchè sebbene i privilegii e le ipoteche siano cosa accessoria, pure non lasciano di essere cosa molto grave per le conseguenze cui danno luogo (4).

---

(1) Per Codice Civile, non solo i creditori ipotecarii posteriori, ma anche i creditori chirografarii possono pagare un altro creditore che ha diritto di esser preferito e mettersi al luogo di lui, art. 1253 n. 1. Oggi la regola si è estesa anche ai creditori chirografarii, perchè qualunque creditore, e non il solo primo creditore ipotecario, ha il diritto di espropriare i beni del debitore, sieno o no ipotecati, art. 2076. Mancata la prima delle due ragioni le quali muovevano il legislatore Romano, oggi la disposizione dell'art. 1253 n. 1 è giustificata soltanto dalla seconda.

(2) Teoria uniforme art. 1253 n. 2.

(3) Teoria uniforme, art. 1253 n. 1.

(4) Per Codice Civile basta la sola cessione del credito per intendersi trasferiti ancora i privilegii e le ipoteche, art. 1538 e 1541. Il Codice parte dal principio che nei casi ordinarii chi cede un credito intende cedere anche le guarentigie, e specialmente il cessionario intende acquistarle perchè lo rendono più sicuro. Essendo tale ordinariamente la intenzione delle parti, il Codice ne à fissato una presunzione *juris*. Si è distinta la cessione dalla surrogazione in seguito a pagamento e per opera del creditore, sia perchè tale distinzione risponde al concetto scientifico, sia perchè specialmente per Codice Civile passa per gli effetti una grave differenza tra la cessione e la surrogazione. La cessione di un credito dà al cessionario il diritto di esiger l'intero, anche quando egli avesse pagato in meno, ciò che non era per diritto romano, per lo quale il cessionario di un credito potea esigere dal debitore quanto avea speso; e inoltre il cessionario à il diritto di vedersi guarentito dal cedente. La surrogazione per opera del creditore e in seguito a pagamento dà al surrogato il diritto di esigere

Digitized by Google

3. Per novazione, non vi è surrogazione de' privilegii e delle ipoteche quando si muti il debitore, per la ragione che la novazione estingue la obbligazione al pari del pagamento; e sarebbe assolutamente anormale il trasporto de' privilegii e delle ipoteche da' beni di un debitore antico a' beni di un debitore novello (1). Non vi può essere novazione per mutamento di creditore se non quando si novi anche il debito, come si vedrà nella materia della novazione. Quando poi sia novato il debito, vi è surrogazione de' privilegii e delle ipoteche nel solo caso che le parti lo abbiano espressamente dichiarato, per la ragione che la novazione estingue il debito antico, e perciò si estinguono anche le guarentigie, le quali si trasportano sul debito nuovo per convenzione (2).

Effetti delle ipoteche.

§ 542. Gli effetti delle ipoteche sono due, cioè — 1 persecuzione e vendita della cosa ipotecata — 2 prelazione del creditore ipotecario sul prezzo che si ritrae dalla vendita.

Vendita.

§ 543. La cosa ipotecata può trovarsi o presso il debitore, o presso un terzo. L' abbia chiunque, il diritto reale sussiste sempre e il creditore può perseguitarla e venderla, se non sia pagato dal debitore o dal terzo che la possiede (3).

Il terzo che voglia acquistare il fondo ipotecato, libero dalle ipoteche che vi gravitano, lo può comprandolo all' asta pubblica, dietro decreto del Giudice, e con intimazione a tutti i creditori ipotecarii d' insinuare i loro crediti per essere soddisfatti sul

---

soltanto dal debitore ciò che il surrogato à pagato, senza che possa pretendere di essere guarentito. La ragione che per diritto vigente se ne dà è presumersi nella cessione che il cessionario à agito nel proprio interesse, e invece nella surrogazione per opera del creditore in seguito a pagamento si presume che chi à pagato, lo à fatto nell'interesse del debitore. Art. 1538, 1541, e 1542 Cod. Civ. Il Codice Civile vuole che esiga quanto à pagato soltanto il cessionario de'diritti litigiosi, art. 1546 Cod. Civ., mentre la cessione de'diritti litigiosi era vietata in diritto romano.

(1) Teoria uniforme, art. 1275.

(2) Per Codice Civile, novandosi il debito, i privilegii e le ipoteche del credito anteriore passano in quello che gli è sostituito, se il creditore ne à fatto espressa riserva, art. 1274, perchè la riserva del creditore senza la opposizione del debitore, rivela il consenso tacito di costui.

(3) La teoria è uniforme per diritto vigente, art. 1964 e 2013 Cod. Civ., 659 e 706 Cod. proc. civ.

Digitized by Google

prezzo di compra: se i creditori si presentano, sono pagati fino all' ammontare della somma che si ritrae dall'asta; e se non si presentano, perdono la loro ipoteca (1).

In quanto alla vendita della cosa ipotecata si osservano i seguenti principii — 1. Non vi si può procedere se il debitore non sia in mora (2). — 2. Il creditore, nella vendita della cosa pignorata per contratto, rappresenta il debitore, onde la vendita forzosa è a considerarsi come la vendita volontaria fatta per mezzo di un mandatario (3). — 3. Il creditore per ipoteca convenzionale procede egli stesso alla vendita, ma lo può fare agendo in buona fede, e ritraendone il giusto prezzo: il creditore per ipoteca legale o giudiziale deve agire nelle forme stabilite pel pegno giudiziale, delle quali si è discorso al § 529 (4).

Prelazione.

§ 544. La prelazione consiste nel diritto di esser pagato a preferenza, e tale diritto si affaccia quando i beni del debitore non sono sufficienti a pagare tutti i creditori.

I creditori si sono sempre distinti in tre classi, cioè — 1° privilegiati, che ànno il diritto di preferenza su tutti — 2° ipotecarii che vengono dopo i privilegiati — 3° chirografarii i quali restano in ultimo.

E si è sempre ritenuto, 1° che il grado tra i privilegiati è stabilito dalla legge (*non ex tempore, sed ex caussa a lege definita*) — 2° che il grado tra gl'ipotecarii è stabilito dalla data (*prior in tempore, potior in jure*) — 3° che tra i chirografarii non vi è grado, ma tutti

(1) Per diritto civile vigente è permesso al terzo acquirente di liberare dalle ipoteche l' immobile acquistato mediante il giudizio di purgazione, che sostanzialmente consiste nell'offrire il prezzo per lo quale il terzo acquista lo stabile, salvo a'creditori di farlo vendere all'incanto. Accettata l'offerta, o venduto il fondo all'asta, le ipoteche svaniscono, e i creditori son pagati sul prezzo ritratto, art. 2040, 2044, 2045, 2046, 2050 Cod. Civ., art. 727, 728, 730, 732, 734, 736, 739 e 740 Cod. proc. civ.

(2) Principio uniforme per Cod. Civ., art. 1223, 2081, 2125. Inoltre oggi vi si può procedere, se il debitore è divenuto non solvente, se per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore, ovvero non gli ha dato le cautele promesse, art. 1176 Cod. Civ. Vi è eccezione pei beni del fallito, art. 553 e 684 Cod. Commerciale.

(3) Il Codice Civile ritiene questo principio per ogni vendita forzosa, sia pure che si agisca per ipoteca legale o giudiziale, art. 2076 Cod. Civ., art. 685 Cod. proc. civ.

(4) Per diritto civile moderno si segue sempre per la vendita degli stabili potecati una stessa forma che è quella designata in nota al § 529.

Digitized by Google

debbono contribuire nella perdita in proporzione del credito (*contributio pro rata*). La ragione per la quale in tutti i tempi codesto sistema à formato la base di tutte le legislazioni nella materia della prelazione è triplice — 1° perchè i privilegii stanno nella causa, cioè nella natura del credito, ed ognuno può saperli e supporli, onde la buona fede de'terzi non resta ingannata, e il Legislatore assegna i gradi di preferenza tra i privilegiati, a misura della importanza di ciascun privilegio — 2° perchè con la ipoteca si dà un premio alla diligenza del creditore, diligenza che dopo il principio della pubblicità, di cui si è discorso al § 535, mena ad effetti gravissimi perchè i terzi restavano avvisati del credito ipotecario, il quale perciò deve avere una preferenza — 3° perchè i creditori chirografarii àn doppia colpa, l'una di aver seguito incautamente la fede del debitore, e l'altra di non essere stati diligenti a procurarsi una ipoteca, onde i chirografarii non solo vanno in ultimo, ma sono tutti posti allo stesso livello (1).

§ 545. Premessa codesta nozione generale, è a sapere che per Diritto Romano il privilegio fu concesso anche ad alcuni creditori ipotecarii e ad alcuni creditori chirografarii, onde le classi de'creditori non furono tre, ma furono cinque, cioè — 1° creditori privilegiati che godevano prelazione su tutti — 2° ereditori ipotecarii privilegiati — 3° creditori ipotecarii semplici — 4° creditori chirografarii privilegiati — 5° creditori chirografarii semplici. È a sapere inoltre che per Diritto Romano la prelazione si faceva per classi, e nella stessa classe per gradi, in ragione di causa ne'privilegii, e in ragione di data nelle ipoteche (2). Come si vede, il grande interesse ne'privilegii e nelle ipoteche sta nel grado che tocca a ciascun creditore, perchè mena al pagamento a preferenza degli altri che vengono dopo. Quando più creditori si trovino nello stesso grado, vale la massima. *Privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur privilegio* (3).

---

(1) Per diritto civile vigente, la teoria è uniforme, articoli 1952, 1953 e seg. 1964 e seguenti, e 2092 Codice Civ., art. 709 e seguenti, 717 e seguenti Cod. proc. civ.

(2) Per Codice Civile si son distinte quattro classi di creditori, cioè—1 Privilegiati che godono prelazione su tutti — 2 Ipotecarii — 3 Chirografari privilegiati — 4 Chirografarii semplici. Ma si è variato il sistema nel diritto di prelazione, nel senso che, mantenendosi i gradi in ragione di causa ne' privilegii, e in ragione di data d'iscrizione nelle ipoteche, il diritto si esercita in generale, e salve rare eccezioni, su' mobili per riguardo a' privilegii, e sugli stabili per riguardo alle ipoteche, e il legislatore odierno lo à fatto per sciogliere la proprietà immobiliare da'pesi occulti, e favorire il credito fondiario, art. 1955, 1961, 1962, 1963, 1967, 2008 e 2092 Cod. Civ.

(3) Teoria uniforme, art. ed argomento art. 2009 Cod. Civ.

Digitized by Google

§ 546. Or venendo a noverare le cinque classi di crediti secondo il sistema romano, si trova che:

1. I crediti privilegiati con diritto di preferenza su tutti erano i due de'quali abbiamo parlato al § 534, cioè le spese per la distrazione del pegno, e le spese funebri (1).

2. I crediti ipotecarii privilegiati erano quelli che godevano ipoteca legale, di cui si è discorso al § 538, ma il grado di ciascuna ipoteca anche privilegiata era sempre fissato dalla data, e il giorno della data veniva considerato come un tutto indivisibile (2).

3. I crediti ipotecarii semplici erano quelli che aveano ipoteca giudiziale o convenzionale, di cui si è discorso a'§§ 539 e 540. Il grado era anche fissato dalla data, e il giorno della data veniva del pari considerato come un tutto indivisibile (3).

4. I crediti chirografarii privilegiati erano i crediti del fisco, e i crediti de'deponenti per le cose depositate che non più esistessero per colpa del depositario (4).

5. Tutti gli altri crediti sono chirografarii semplici, non ànno gradi, e son pagati per contributo (5).

§ 547. Per tutti i crediti poi è regola che gl'interessi prendono lo stesso grado del credito (6).

Pe'diritti di prelazione sulla stessa cosa tra i creditori ipotecarii, pignoratizii, ed anticretici, si stava per diritto romano ordinariamente alla data, salva qualche rara eccezione, e si applicava la massima —*prior in tempore, potior in jure* (7).

---

(1) Il Codice Civile mantiene il primo di due tali privilegii in primissima linea, e su' mobili e sugli stabili, art. 1956, 1959, e 1961, ma fa gravitare e in secondo luogo e su' soli mobili le spese funebri, art. 1956 n. 2.

(2) Il Codice Civile non riconosce ipoteche privilegiate.

(3) Per Codice Civile tutte le ipoteche, legali, giudiziali, o convenzionali che sieno, prendono grado dalla data, e dal numero d'iscrizione se sono della stessa data, e da un numero solo d'iscrizione se più creditori si presentino contemporaneamente nell'ufficio del Conservatore, art. 2007 e 2008 Cod. Civ.

(4) Per Codice Civile non si riconoscono codesti privilegii, e invece sono crediti chirografarii privilegiati sul prezzo degli stabili, a preferenza degli altri chirografarii semplici, le spese per atti conservativi e di esecuzione su'mobili che non si fossero potute pagare nella esecuzione mobiliare, come pure le spese funebri, d'infermità, somministrazioni di alimenti, e salarii alle persone di servizio, di cui si è discorso in nota al § 534. I gradi di tali privilegii, come di qualunque altro, sono stabiliti sempre dalla legge in considerazione della causa del credito, art. 1952, 1955, 1956, e 1963 Cod. Civ.

(5) Teoria uniforme, art. 2092 Cod. Civ. e 651 Cod. proc. civ.

(6) Per Codice Civile gl'interessi in quanto al grado sono limitati agli ultimi due anni nella subastazione degli stabili, art. 2010

(7) Per Codice Civile, codesto concorso non vi può essere, perchè il pegno legale e il pegno convenzionale versano soltanto su' mobili, e danno luogo a

Digitized by Google

Si deve però nettamente distinguere il concorso de' creditori per essere pagati, dalla revindica che alcuno faccia della sua cosa che fosse stata da' creditori pignorata. La revindica è sempre salva, e il concorso può versare su ciò che è realmente di proprietà del debitore (1).

Modi coi quali le ipoteche hanno termine.

§ 548. Le ipoteche si estinguono in sette modi:

1.° con la estinzione totale della cosa ipotecata (*interitu rei*) non già con la estinzione parziale, perchè la ipoteca è indivisibile, come si è detto al § 536 (2).

2.° con la estinzione totale della obbligazione (*extincto debito*) perchè la ipoteca è un accessorio (3).

3.° con la rinunzia (*remissione*) la quale può essere espressa e tacita, perchè ciascuno può rinunciare al suo diritto (4).

4.° con la risoluzione del diritto del costituente (*soluto jure constituentis*) (5).

---

privilegio, per lo quale la preferenza è stabilita dalla legge, art. 1879, 1955 e seguenti; il pegno giudiziale e su'mobili e sugli stabili, e l'anticresi non danno alcun diritto di prelazione al creditore pignorante e al creditore anticretico. La ipoteca versa sugl'immobili, e la preferenza è stabilita secondo l'ordine della iscrizione, art. 2007 e 2008.

(1) Oggi la teoria è uniforme, e la revindica in questo caso è chiamata *separazione*, ma per i mobili è ammessa la revindica fino a che non si sia fatta la vendita, dopo la quale i proprietarii possono soltanto pretenderne il prezzo, e per gli stabili la revindica è ammessa anche dopo la vendita. La eccezione per la vendita de' mobili sta nel principio novello che ne' mobili il possesso vale per titolo, art. 647, 648, 686, 699, 700, 707 Cod. proc. civ., art. 707 Cod. Civ.

(2) Per Codice Civile la teoria è uniforme, art. 1964 e 2029 n.° 2. Inoltre per Codice Civile sono salvi, nei casi di perimento o di deteriorazione della cosa ipotecata, le somme dovute dagli assicuratori, e le somme dovute per causa di espropriazione forzata per pubblica utilità, o di servitù imposta dalla legge. Tali somme restano vincolate a vantaggio de' creditori privilegiati o ipotecarii art. 1951. Per riguardo alle somme dovute dagli assicuratori, la ragione è che esse rappresentano il valore dell'immobile distrutto o deteriorato, e i creditori nel munirsi d'ipoteca tengono conto della maggior garenzia che presenta lo stabile ipotecato. Per riguardo poi alle somme che si ànno per causa di spropriazione di pubblica utilità, o di servitù imposta dalla lègge, la ragione è che il caso è analogo a quello della espropriazione forzata sulla istanza de'creditori.

(3) Teoria uniforme, art. 2029 n. 1 e 4 Cod. Civ.

(4) Teoria uniforme per diritto vigente. La remissione tacita si à specialmente per mancanza d'insinuazione ne' giudizii di graduazione, art. 2040, 2046, 2048 Cod. Civ., e art. 716, 727, 739, e 740 Cod. proc. civ.

(5) Teoria uniforme, art. 1976 Cod. Civ.

Digitized by Google

5.° con lo spirare del termine cui la ipoteca fu limitata (*lapsu temporis pacto definiti*) (1).

6.° col verificarsi della condizione risolutiva che vi fu apposta (*resolutione sub conditione*) (2).

7.° con la prescrizione (*praescriptione*), la quale è di 40 anni se il fondo è rimasto presso lo stesso debitore, di 30 se è stato presso un terzo possessore di mala fede, e di 10 anni fra presenti e 20 fra gli assenti se è stato presso un terzo possessore di buona fede (3).

---

(1) Per Codice Civile se i beni sono posseduti dal debitore non v'è prescrizione finchè sussiste il credito, purchè la ipoteca sia rinnovata: se i beni sono posseduti da un terzo, la prescrizione si compie o con la prescrizione del credito, o in 30 anni, art. 2030 Cod. Civ.

Ma il Codice Civile nella materia ipotecaria, e pe'novelli principii di pubblicità e di specialità delle ipoteche, pone tre altri istituti ignoti al Diritto Romano, cioè quelli della cancellazione, della rinnovazione, e della riduzione delle ipoteche.

1. La cancellazione è inventata perchè pel principio di pubblicità, come s'iscrivono le ipoteche ne' registri del Conservatore, così possano anche cancellarsi, per garentire i terzi della libertà de'fondi, allora che le ipoteche non ànno più ragione di esistere. Si procede alla cancellazione o per consenso delle parti, o per ordine del Giudice, e talvolta, sotto determinate condizioni vi procede lo stesso Conservatore, art. 2033 a 2039 Cod. Civ.

2. La rinnovazione è inventata per la stessa ragione della cancellazione, perchè la rinnovazione costituisce un modo economico di cancellare per volontaria omissione un gran numero d'iscrizioni che non ànno più causa di esistere e che si dovrebbero cancellare o per consenso delle parti, o per sentenza del magistrato. Ond'è che la iscrizione conserva la ipoteca per 30 anni dalla sua data, e l'effetto della iscrizione cessa se non è rinnovata prima della scadenza del detto termine, art. 2001 e seguenti Cod. Civ.

3. La riduzione mette invece capo al principio novello della specialità. Per Diritto Romano non v'era, perchè o la ipoteca era generale, e dovea mantenersi sopra tutti i beni; o era speciale sopra una cosa determinata, e la determinazione fatta dalla legge, dal Giudice, o dalle parti non potea variarsi a sola richiesta del debitore. Ma per Codice Civile non sono più riconosciute le ipoteche generali, come si è detto in nota a'§§. 535 e 537, e per le ipoteche speciali derivanti da convenzioni non è ammessa riduzione a richiesta del solo debitore perchè gli farebbe ostacolo la legge del contratto. Invece il Codice permette al debitore di domandare la riduzione delle ipoteche legali e giudiziali, perchè per esse talvolta la ipoteca può riuscire evidentemente più estesa di quanto realmente bisogna, come può accadere per l'ipoteca legale concessa all'alienante e al condividente, art. 1969 n. 1 e 2 Cod. Civ., e in tutti gli altri casi la determinazione de'beni è in arbitrio del creditore, cioè può egli ipotecare quanti beni vuole del suo debitore, art. 1969 n. 3, 4, e 5, art. 1970, 1986, e 1987 Cod. Civ., onde la necessità di frenare il creditore mediante la riduzione.

(2) Teoria uniforme, art. 2029 n. 5 Cod. Civ.

(3) Teoria uniforme, art. 2029 n. 6 Cod. Civ.

Digitized by Google

Azioni.

§ 549. Il creditore à un diritto personale verso il debitore per essere pagato, ed à un diritto reale sulla cosa datagli in pegno o in ipoteca dal debitore. Può perciò spingere azione contro il debitore per essere pagato, e contro qualunque possessore della cosa impegnata o ipotecata per realizzare il suo diritto sulla cosa stessa, a quale uopo può chiedere che questa venga venduta, ed egli sia soddisfatto a preferenza degli altri creditori. Ai due diritti personale e reale rispondono due azioni l'una personale e l'altra reale (1).

E noi dobbiamo tener parola della sola azione reale, avendo quì trattato del solo diritto reale, poichè il diritto personale rientra nella materia delle obbligazioni.

La prima azione reale inventata in questo argomento, fu quella così detta *Serviana*, e che si riferiva alla vendita de'mobili dell'inquilino pel pagamento delle pigioni, e venne chiamata Serviana perchè fu il Pretore Servio che concesse al locatore quel diritto, secondochè abbiamo spiegato al § 528. A tutti gli altri casi fu per interpetrazione de'Giureconsulti trasportata la teoria dell'azione Serviana. Cosicchè v'ànno due azioni reali; l'una col nome di *Serviana*, e che è propria del locatore di fondi urbani pel pagamento delle pigioni, e che si esercita su' mobili del conduttore che guerniscono la casa locatagli; e l' altra col nome di *Serviana utile*, o di *quasi Serviana* per tutti gli altri casi. Però l'azione ristretta alle sole ipoteche con esclusione delle altre, fu chiamata anche *ipotecaria* (2).

Ma, checchessia di tali nomi tecnici per riguardo alle azioni, l'importante è conoscere che per le ipoteche il solo primo creditore avea per Diritto Romano l'azione ipotecaria, cioè egli solo potea rivolgersi contro il debitore ed anche contro i terzi per far vendere la cosa ipotecata, salvo a'creditori a lui posteriori di pagarlo e mettersi in suo luogo, cioè di fare una surrogazione, come abbiamo detto al § 541. Che se qualcuno de'creditori posteriori avesse agito per la vendita della cosa ipotecata, dovea esserne respinto, e, quante volte la vendita avesse avuto luogo, il primo creditore potea revindicare la cosa da qualunque possessore. Ciò era

(1) Per Codice Civile, la teoria è uniforme, art. 1098, 1123, 1950, 1952, 1964.

(2) Come si dirà nella materia delle azioni, il Codice Civile riconosce bensì le azioni rispondenti a ciascun diritto, ma non le designa con nomi speciali. Onde la terminologia romana, ch'era per le azioni tanto estesa, oggi è assolutamente bandita. Ne vedremo le ragioni al proprio luogo.

Digitized by Google

rispondente al principio direttivo de'Giureconsulti Romani nella materia ipotecaria ricordato innanzi nel § 535, di doversi cioè tener molto a calcolo l'interesse individuale de'creditori ipotecarii, e specialmente del primo tra questi, come il più diligente fra tutti — *diligentibus semper jura subveniunt* (1).

(1) Il principio direttivo nella materia ipotecaria non è il solo interesse individuale de'creditori ipotecarii, ma anche e molto più la guarentigia de'terzi, come pure la sicurezza e la rapidità del credito. Ne abbiamo parlato al § 535. Onde il Codice Civile respinge la teoria romana, e dà facoltà a qualunque creditore, sia o non sia primo iscritto, sia o non sia ipotecario, di far vendere all'asta i beni del debitore, e concede a qualunque creditore ipotecario di perseguitare il fondo ipotecato anche nelle mani del terzo possessore, salvi i diritti di poziorità nella distribuzione del prezzo dopo la vendita, art. 2076. Volendo attentamente indagarne la ragione, la si trova nel principio della pubblicità, che mancava in Diritto Romano e che à tanto valore per Codice Civile, come si è detto in nota al § 535. Perciocchè, mancando la pubblicità doveva avere tutto il riguardo l'interesse individuale de'creditori ipotecarii, e dovea darsi una preponderanza al primo tra essi, che era stato il più sollecito di tutti a prendere il pegno sulla cosa. Essendovi invece la pubblicità, si provvede all'interesse collettivo, e tutti i creditori privilegiati, ipotecarii, o chirografarii che sieno, ànno egual diritto a veder realizzato il credito, salve sempre le prelazioni a ciascuno dovute.

Digitized by Google

DIRITTO DI EREDITA'

§ 550. Nel diritto civile la teoria successoria è forse la parte più intricata e difficile, e ne è manifesta la ragione, dapoichè il diritto ereditario essendo il modo più universale, più grave e più ordinario fra tutti i modi di acquisto, la mente umana vi si è molto assottigliata. La morte batte egualmente alle porte di tutti, e la proprietà perciò passa di continuo in altre mani.

L'eredità è definita — *successio in universum jus quod defunctus habuit* — cioè la successione nella universalità dei diritti e degli obblighi del defunto. La voce *jus* esprimeva in Diritto Romano anche i diritti passivi. Si eccettuano però i diritti personali che si estinguono con la persona, come per esempio, il diritto di usufrutto, gli officii pubblici e simili (1).

Laonde erede è quegli a cui è attribuito codesto diritto di universalità (2).

§ 551. La eredità è testamentaria o legittima, detta altrimenti *ab intestato* — È testamentaria quando vien deferita a base del testamento: è legittima quando per mancanza o inefficacia di esso, la eredità vien deferita dalla legge (3). È regola che la successione testata esclude la intestata: *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur* Fr. 39 *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29. 2 (4).

Per lo che l'erede è testamentario o legittimo. È legittimo chi è chiamato direttamente dalla legge in mancanza di testamento. E testamentario chi per testamento è istituito erede nella universalità dei beni, od in una quota di tale universalità, cioè chi è chiamato alla successione ereditaria su tutta la sostanza del defunto o sopra una parte proporzionale di essa (*pars quota*), ad esempio il terzo, il quarto

---

(1) Anche per Cod. Civ. la parola *eredità* indica la universalità de'dritti e degli obblighi del defunto non estinti con lui. Veggansi gli art. 750, 753, 755, 929, 930, 932, 942, 943, 944, 945, 949, 954, 964, 965, 966, 967, 973, 974, 978, 980, 982, 1032.

(2) Per Codice Civile la parola *erede* indica del pari la persona a cui è attribuita l'universalità dei diritti e degli obblighi del defunto non estinti con costui. Veggansi art. 760, 827, 854, 879, 891, 895, 899, 907, 925, 955, 969, 1029.

(3) Teoria uniforme art. 720.

(4) Teoria uniforme, art. 720 capov.

Digitized by Google

ecc. dei beni ereditarii. Quegli poi a cui è lasciata qualche cosa dederminata come ad esempio un palazzo, una pariglia di cavalli, una somma di denaro ecc. è legatario. Tale è il concetto, che si trae specialmente dalla L. 13 *Cod. de heredibus instituendis* 6. 24. Ma se accadeva che alcuno fosse stato istituito erede con la designazione del lascito di una cosa determinata e non vi fossero stati altri coeredi testamentarii, egli prendeva come erede tutta la eredità e si considerava non fatta quella indicazione. Veggansi il Fr. 1. § 4. *de heredibus instituendis* 28. 5, ed il Fr. 29 *ad Senatum consultum Trebellianum* 36. 1. In altri termini per Diritto Romano chi fosse stato istituito erede dal testatore, ed avesse avuto da costui l'universalità dei beni o una quota di essa era erede, ed era legatario chi avesse avuto col testamento una cosa determinata, anche quando fosse stato nominato erede, se nel testamento si fossero nominati altri eredi nella universalità o in una quota. Se poi alcuno fosse stato nominato erede con la indicazione di una cosa determinata, e non avesse avuto altri coeredi, in tal caso egli prendeva come erede tutta la eredità—Esempio — Tizio e Cajo sono stati istituiti eredi nella metà per ciascuno e Mevio è stato istituito erede dandoglisi il palazzo del testatore; in tal caso per diritto romano Tizio e Cajo sono eredi e Mevio è legatario del palazzo. Ma se il testatore à istituito erede il solo Mevio dandogli il suo palazzo, Mevio è erede di tutta la sostanza ereditaria — La ragione per la quale in Diritto Romano era così disposto consisteva nel principio che niuno poteva morire in parte testato ed in parte intestato — Di ciò si parlerà più ampiamente nei principii generali delle successioni testate a'Numeri 6, 7 8 e nella istituzione di erede (1).

È anche legatario chi ha una quota della universalità de'beni, senza essere istituito erede e si chiama *legatarius partiarius*. Si diè luogo in Diritto Romano a un legatario di tal natura perchè quei giureconsulti, i quali davano tanta importanza alla istituzione di erede, volevano per questa la volontà espressa del testatore senza ammettere presunzione. Se ne parlerà più ampiamente nella materia dei

(1) Il Codice civile ritiene sempre come erede soltanto chi ha avuto l'universalità o una quota dei beni del testatore art 760, e ritiene sempre come legatario chi à avuto qualche cosa che non sia universalità o quota di eredità, art. 760 capov. La ragione della differenza dal Diritto Romano, il quale qualificava erede anche chi fosse stato istitnito in una cosa singola senza avere altri coeredi, è che oggi si può morire in parte testato ed in parte intestato, art. 759, non essendosi dal Cod. Civ. ritenuto il principio — *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere* — Se ne parlerà diffusamente nei principii generali delle sucecessioni testate e nella istituzione di erede.

Digitized by Google

legati. — Veggansi intanto Ulpiano Fragmenta Tit. 24. § 25. Gajo com. 2. § 254 (1).

§ 552. Ciò premesso è a vedersi da quali principi va governato l'intero sistema successorio.

La successione, testata o intestata che sia, deriva dal diritto naturale o dal diritto civile? — In altri termini, la successione provviene dal diritto competente ad ogni privato indipendentemente dal pubblico potere dello Stato, ovvero provviene soltanto dalla forza della legge e per sole vedute di ragione politica civile?

Le opinioni son divise, e, quel che più monta, sono in due opposti campi raccomandate all'autorità di grandi filosofi e giureconsulti.

Passiamo per poco a rassegna le loro ragioni.

I sostenitori del principio di diritto naturale dicono:

a) Per le successioni testate ed intestate:

1. Che il diritto di proprietà è diritto di libertà civile, è pietra angolare dell'edificio sociale, ed è diritto si eminente da potere il proprietario disporre in qualunque modo della cosa sua, ed anche consumarla e distruggerla, ond'egli può ben disporne pel tempo posteriore alla sua morte — 2. Che se si può donare con la condizione di tenere per un certo tempo la cosa, e differire pure ad un certo tempo il beneficio, niente impedisce di stipulare che il beneficato entri nel godimento dopo la morte del donante — 3. Che le alienazioni tra vivi sono irrevocabili ed ànno bisogno del reciproco consenso, cioè dell'accettazione, per renderle perfette, perchè il pensiero è rivolto all'attualità. Ma nelle successioni, essendo il pensiero rivolto alla morte del proprietario, l'accettazione deve venir dopo che con la morte di lui si è resa immutabile la sua determinazione, perchè non sarebbe logico far accettare all'erede una volontà transitoria, una liberalità revocabile, e sarebbero pericolosi i patti di futura successione i quali son vietati dalla legge — 4. Che se àvvi cosa sacra tra gli uomini è la volontà de' morenti — 5. Che perciò il principio da cui principalmente muove la teoria delle successioni, è il diritto di dominio, onde deve valere la volontà espressa de'proprietarii nelle successioni testate, e la volontà presunta di lui nelle successioni intestate.

b) Per le successioni testate.

1. Che il vero sentimento della natura è quello di prolungare nell'avvenire la vita delle memorie e farla succedere alla vita reale che

(1) Per Codice Civile è sempre erede chi à avuto una quota della universalità de'beni — art. 760. Si è ammessa la volontà presunta più di tutto nel fine di semplicizzare la teoria, e scemare le liti. Se ne parlerà più ampiamente ne'legati.

Digitized by Google

si lascia, onde il vivo desiderio di aver prole, di propagare il proprio nome, di assicurarsi un nome onorato che duri oltre la tomba; per lo che sorgono le nostre previdenze pe'figli, pe'congiunti, e per coloro che con l'amicizia acquistarono al nostro amore diritti più grandi della medesima parentela — 2. Che non potendosi disconoscere la forza del dominio, il testamento ne costituisce la più scolpita affermazione pel tempo posteriore alla morte — 3. Che la successione testamentaria mentre è indispensabile per la famiglia perchè è come un arma posta in mano del genitore, il quale può con tal mezzo frenare i traviamenti di qualche figlio, e premiare la virtù di tal'altro, è inoltre utile essenzialmente a conservare sulla nuova generazione, l'influenza individuale della generazione più sperimentata.

c) Per le successioni intestate.

1. Che se il diritto naturale è quello risultante dalla posizione in cui la natura stessa collocò gli uomini gli uni verso degli altri, non vi è cosa ad esso più conforme quanto l'amore della famiglia, la quale è una società formata dalla natura e unita al doppio vincolo dell'affetto e dell'interesse — 2. Che il padre dando la vita a'figli, si fa lor debitore, ne'limiti delle sue forze, di rendere ad essi la vita più sopportabile e lieve, onde egli sente un impulso vivissimo a lasciarli agiati il più che può — 3. Che si farebbe torto alla natura disconoscendo i diritti di famiglia, e specialmente quelli de'figli — Il defunto li ebbe con lui comproprietari o almeno compossessori de'suoi beni; i figli divisero con lui le fatiche, la detenzione, e il godimento; e al momento della sua morte i figli occupano ancora tali beni, ne usano, li coltivano. Lo stesso sangue, le stesse sembianze, il medesimo nome, la stessa solidarietà di onore, la medesima responsabilità morale, eguali memorie di origine, eguali affetti reciproci, sono titoli ben sufficienti a fondare quella forte e possente unità della famiglia, quella vita comune, quel legame morale che mal potrebbero consentire il passaggio de'beni del defunto in estranei, spogli di qualsiasi diritto.

I sostenitori del principio di diritto civile dicono:

a) Per le successioni testate ed intestate.

1. Che il dominio delle cose è interamente fondato sul bisogno di usare de'beni per la propria conservazione, e che con la morte cessa la vita e perciò cessa il bisogno, cessa il titolo fondamentale di ogni diritto di dominio — 2. Che la generazione che sopravviene porta seco come innato il diritto della propria sussistenza e che quindi à un innato diritto a'mezzi onde conservarsi — 3. Che risedendo nell'intero corpo sociale il diritto di destinare il possesso dei

Digitized by Google

beni vacanti, spetta al rappresentante di codesto corpo, cioè allo Stato, di dettar le norme per determinare la preferenza di tale possesso —

b) Per le successioni testate.

1. che le disposizioni in causa di morte non possono aver vigore per autorità del morto, ma per volontà della vivente società presa collettivamente e come persona morale sopra tutto il territorio ch'esso occupa e sopra i beni vacanti compresi nel suo territorio— 2. Che la facoltà di testare si deve riguardare come un potere accordato dalla suprema autorità dello Stato al possessore attuale dei beni di disporre in sua vece fra i posteri de'beni medesimi.—3. Che le ragioni di codesta delegazione che fa lo Stato al testatore sorgono da vedute di ordine economico, morale e politico, come ad esempio animare l'industria e l'onorata economia fra cittadini ec.

c) Per le successioni intestate.

1. Che il Legislatore non si deve fare indovino e servo delle intenzioni presunte di un defunto, ma à il diritto di agire come in qualunque altro ramo di ragione pubblica con le vedute di Stato, e consultando solamente quello che torna meglio a tutto il corpo sociale, a nome del quale e per interesse del quale egli agisce — 2. Che il legislatore si uniforma bensì alle affezioni presunte de'defunti, ma egli in tanto lo fa, in quanto che ciò torna meglio all'utile dello Stato, di maniera che egli se ne discosterebbe quanto vi scorgesse un nocumento — 3. Che le ragioni per le quali il Legislatore accompagna e fa prevalere le affezioni domestiche nelle successioni intestate consistono nell'unificare gl'interessi particolari degli eredi legittimi con l'interesse generale, nel rassicurare tutti coloro che sono animati dallo spirito di una onorata economia, e che operano col fine di lasciar comoda ed illustre la loro posterità, e nell'eccitare e mantenere con questa fiducia, quell'alternativa d'interessi e di godimenti che formano la vita e la prosperità dello Stato.

§ 553. Or quale fu il principio ritenuto in Diritto Romano?

Senza dubbio si ritenne ne'primi tempi il principio che la successione derivasse dal solo diritto civile, sia perchè il testamento si faceva ne'Comizii e mediante una legge, sia perchè la famiglia era agnatizia, cioè civile.

Ma il rigore venne debilitandosi, la forma de'testamenti passò successivamente per diverse fasi sempre più sgombre da impacci, e si accostò alla semplicità del diritto naturale, la cui libertà venne sapientemente e prudentemente frenata, la famiglia divenne quasi all'in tutto naturale, essendo trionfato da ultimo il principio di cognazione su quello di agnazione (vedi § 95).

Digitized by Google

Se perciò nel diritto primitivo il principio era che la successione derivava dal diritto civile, col progresso de'tempi il principio invece fu che la successione derivava dal diritto civile e dal diritto naturale insieme.

Codesto è il concetto sicuro chè si à per la storia delle forme testamentarie e per la storia della famiglia romana, codesto è il concetto che traluce ne'testi combinati del Diritto — E così, se Papiniano disse — *Testamenti factio non privati sed publici juris est* Fr. 3 *qui testamenta facere possunt* 28, 1, Paolo disse—*Cum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suo—rum heredum nomen eis indictum est* Fr. 7 *de bonis damnatorum* 48. 20. Anzi da'Giureconsulti si ritenne tanto potente il diritto di famiglia nelle successioni, per quanto essi considerarono come di mente non sana quel genitore il quale niente avesse lasciato al figlio, e diedero a costui il diritto di querelarsene per far rescindere il testamento paterno (veggasi il titolo del Digesto de *inofficioso testamento*). L'Imperatore Costantino sanzionò il rispetto totale al volere de'defunti, e ricordò che lo facea perchè era un dovere di dare a loro piena libertà di disporre de'beni propri. L. 1. Cod. *de sacrosantis ecclesiis* 1. 2.

Da' quali testi nettamente si vede che il principio di diritto naturale ben penetrò nella Legislazione Romana in materia di successione, ed armonizzò completamente col vecchio principio del solo diritto civile.

I Romani, sempre acuti, non poteano non vedere che la onnipotenza dello Stato nelle successioni avrebbe potuto menare a disastrose conseguenze, cioè ad annullare il diritto di proprietà, cui essi erano tanto attaccati, e a sperdere ogni sentimento di libertà civile— E che le conseguenze sian queste, si vede da che Rousseau è tra quelli che sostengono la illegittimità della successione testata e intestata, e Robespierre nell'Assemblea costituente di Francia impugnava il diritto medesimo di testare, e gli odierni socialisti ne vorrebbero fare un domma.

Che nella materia successoria entrino essenzialmente i principii di diritto naturale, non può ragionevolmente dubitarsi —

La famiglia non è invenzione sociale, ma è creazione di natura: i diritti ed i doveri si sentono in essa per forza di natura, come si sente il piacere e il dolore nelle gioie e nelle sventure domestiche— E la natura à creato la famiglia non solo per la perpetuazione della umana specie, ma anche perchè chi nasce trovi chi lo protegga, lo nutra, e pensi a dargli una onorata situazione al mondo — Negare

Digitized by Google

codesti sentimenti significa abbassare gli uomini al livello de'bruti. E i diritti e i doveri di famiglia trovano la loro principale applicazione nel regime successorio —

La proprietà è anche emanazione del diritto di natura, perchè l'uomo è nato pel lavoro, e nell'uomo è insito l' amore alla felicità — Il lavoro fa l' uomo industrioso per giungere ad avere ciò che lo rende felice — Sia pure che la occupazione di cose senza padrone fosse stata la prima origine della proprietà, è certo che il prendere e render proprie le cose di nessuno, è un lavoro, è una industria; e il lavoro e la industria risiedono nella natura umana, e ad essi non si può portare impedimento — Essendo perciò di diritto naturale la proprietà sia pur primitiva de' fondi stabili, ed essendo di diritto naturale la proprietà derivante dall' industria individuale, come il fabbricarsi una casa ecc. ne segue che ciascuno è padrone assoluto di ciò che à, e può liberamente disporne e dare le cose ad altri, onde la validità delle alienazioni, e può differire la esecuzione delle sue alienazioni ad altro tempo, onde la validità delle successioni — Che importa che l' alienazione debba avere effetto dopo la morte, se l' alienazione si è disposta da chi ne avea il potere e nel giusto tempo, cioè dal padrone durante la vita? È vero che *mors omnia solvit*, ma non scioglie i diritti, tra cui è quello di potere alcuno disporre delle cose proprie mentre vive; e soltanto tali diritti nella materia successoria vengono ad acquistarsi dall' erede dopo la morte, perchè la natura del testamento è tale che i diritti non potrebbero acquistarsi prima, essendo quell' atto rivocabile per sua essenza, venendo l' atto a ricever compimento dalla morte, e dovendo vietarsi i patti di future successioni per le funeste conseguenze che apporterebbero.

Ma se è certo che nel regime successorio dominano i principii di diritto naturale, altrettanto è certo che vi dominano i principii di diritto civile o politico ,come voglia chiamarsi.

Il legislatore nella materia successoria non à il solo dovere di supplire al silenzio del defunto presumendone le affezioni nel caso di successione intestata, nè di far soltanto eseguire la volontà espressa di lui nella successione testata — Ciò importerebbe asservire la volontà pubblica alla privata, abdicare il potere di segnare alcun limite alla libertà di chi muore.

Il Legislatore deve aver di mira non solo il bene privato, ma anche il bene pubblico, e perciò deve aver la potestà di esercitare una influenza direttiva e di protezione in una materia tanto importante, e di temperare con prudenti cautele la libertà di disporre del trapasso de' beni dopo la morte — Molte volte i testatori son capric-

Digitized by Google

ciosi, talora dimenticano i doveri più sacri imposti dalla natura, tal' altra avversano i principii di diritto pubblico, onde la necessità di assegnare de' confini, di apporre delle condizioni, e di prescrivere delle forme — Le regole per la successione intestata debbono essere coordinate secondo i diritti così diversi che si possono affacciare, avendosi precipuo riguardo a' parenti legittimi, e non disprezzando i naturali, e non dimenticando i grandi interessi della società, onde la necessità che la legge faccia valer la sua forza in un argomento così complesso.

È certo adunque che il diritto politico deve avere una parte non lieve nelle successioni, le quali perciò debbono essere fino a un certo segno seguaci delle mutabilità e delle vicende politiche.

Tanto i principii di semplice diritto naturale, quanto quelli di diritto civile o politico concorrono senz' altro nelle successioni.

Il regime successorio deve armonizzare codesto doppio elemento, l' uno immanente nel diritto di proprietà e nella intima essenza della famiglia, l' altro variabile e progressivo secondo il corso della civiltà e della costituzione politica.

Come vi sia riuscito il Diritto Romano, lo vedremo nel corso di queste Lezioni — Certo è che il Diritto Romano, specialmente all' epoca degl' Imperatori muoveva da quel doppio principio (1).

Non si creda poi che sia pressochè inutile in pratica e puramente accademica la esposizione finora fatta — Dapoichè se il sistema successorio muove in talune disposizioni da principii di diritto naturale, e in altre da principii di diritto civile o politico, la interpretazione dev' essere estensiva nel primo caso e ristrettiva nel secondo, giusta le regole generali intorno alla interpretazione della legge (2).

§ 554. Per altro il sistema successorio, il quale è testato o intestato, non ammette una terza specie, cioè di successione per contratto.

Il Diritto Romano è durissimo su questo punto — Vieta assolutamente che le successioni possano essere regolate per contratti (3).

---

(1) Il Codice Civile muove dal doppio principio del diritto privato e del diritto politico nella materia successoria, come disse il Ministro Vacca nella sua Relazione, e come avvertì pure il Professore Huc nella sua opera—Le Cod. Civil Italien et le Cod. Napoleon p. 166 a 170. Se ne trae pure un argomento dagli art. 723 e 762. Veggasi quanto di seguito si dirà nella capacità di far testamento e nella capacità di succedere per testamento.

(2) La stessa regola è da osservarsi per Codice Civile — Art. 4. disp. prelim.

(3) Il Codice Civile è anche più duro del Diritto Romano per tale divieto— Art. 761, 852, 954, 1118, 1380, 1460, 1701.

Digitized by Google

Ed è bello vedere che mentre in altre nazioni, cominciando dalla Francia e dalla Germania la materia successoria va in qualche parte regolata anche per contratti, gl' Italiani àn visto sempre di mal'occhio codesta derogazione dal Diritto Romano, al segno che lo Zazio ne fa a noi uno speciale rimprovero — *Ea quae de voto expectandae mortis proferuntur, Italis esse reliquenda* (Zazio Consil. 1. n. 38. l. 2.) Tale fermezza di principio è per noi Italiani, seguaci della classica scuola de' nostri Avi Romani, una giusta ragione di glòria (1). La futura successione di un uomo vivente, e il contratto si escludono. La successione è regolata non solo da principii di ordine privato, ma anche da principii di ordine pubblico, e nel suo insieme così composto e per l' elemento di ordine pubblico, che vi è innestato, non può formare oggetto di convenzione fra paciscenti; mentre il contratto è abbandonato all' interesse privato, salvo alcuni limiti imposti dalla Legge — La successione è una continuazione della personalità dell' uomo che muore, onde abbraccia *l' universum jus defuncti*; il contratto è l' accordo di due o più persone per dare, fare o non fare qualche cosa. Nelle successioni domina una sola volontà cioè quella del testatore, e fino alla morte di lui l' erede non acquista alcun diritto ma soltanto una speranza; mentre ne'contratti debbono concorrere almeno due volontà *in idem placitum*, e i contraenti acquistano tutti un diritto, dal quale per volontà di un solo non si può recedere. Di che anche segue che la libertà è comune così alle successioni come ai contratti; ma nelle successioni è necessaria per manifestare la volontà di un solo, e ne' contratti per l' accordo di due o più — La successione può mantenersi nella sua purezza e nobiltà quando non intervengano mire bieche e interessate; il contratto riposa tutto sull' interesse de' contraenti.

Queste sono le differenze principali tra la successione e il contratto, e danno chiaramente a divedere che l' una esclude l' altro; onde il Giureconsulto Ulpiano diceva — *Verba CONTRAXERUNT, GESSERUNT non pertinent ad testandi jus* Fr. 20 *de verborum significatione* 50, 16. (2).

Sia qualunque perciò la convenzione che si faccia intorno alla successione di un uomo vivente, essa è radicalmente nulla.. L. 4. Cod. *de inutilibus stipulationibus* 8. 39. (3).

Se non che bisogna addentrarci ancor più nell' argomento, e vedere in quante guise il contratto può insinuarsi nel regime succes-

(1) Il Cod. Civ. non ammette in alcun modo patti sucessori. Veggansi gli articoli ricordati nella precedente nota.

(2) Tutte tali ragioni reggono anche per Codice Civile.

(3) Principio uniforme, art. 761, 852, 954, 1118, 1380, 1460, 1701.

Digitized by Google

sorio, ed esaminare qualche rara eccezione che la Legge permette.

Col contratto si può toccare il regime successorio in quattro guise, cioè — 1° variandosi l'ordine di successione stabilito dalla Legge — 2° alienandosi i beni della eredità di un uomo vivente. — 3° rinunciandosi ad essi — 4° formandosi sopra tali beni un altra convenzione qualunque.

Tutto ciò è vietato e con ragione — 1° L'ordine successorio è stabilito dalla legge nell'interesse pubblico, e la convenzione privata non può derogarvi — Così se si pattuisse che un figlio debba succedere con lo zio alla eredità del padre quando questi sarà morto, la convenzione è nulla, perchè la Legge per viste d'ordine pubblico chiama il solo figlio a succedere al padre (1). 2° L'alienazione sia onerosa, sia gratuita de' beni di una persona vivente sulla cui eredità si spera, è nulla per due ragioni, sia perchè un animo onesto mal soffre al vedere che si alieni la sola speranza di avere una cosa che è nel dominio di altri, sia più di tutto perchè è illecito appetire la roba degli altri, e peggio ancora appetire e mettere in commercio la eredità di un uomo che è in vita (2). Che se poi alcuno alienasse onerosamente o gratuitamente la propria eredità pel tempo in cui egli sarà morto, è troppo naturale che si cerchi la morte di lui da quello che à fatto acquisto della eredità medesima per poterne entrare in possesso, e codesto desiderio, il quale molte volte farebbe adoperar mezzi insidiosi per affrettar la vita dell'alienante, deve ad ogni costo allontanarsi dall'umano consorzio (3). 3. La rinunzia alla eredità di un uomo vivente non è permessa, più di tutto perchè si presta all'inganno delle figlie femine, alle quali la famiglia e lo stesso genitore cercano sempre di dar poco per mantenere lo splendore del Casato tra i figli maschi — La donna sente una irresistibile smania di maritarsi, costituendo il matrimonio il suo stato sociale, e per appagar la sua brama rinuncierebbe non ad una ma a cento eredità, e si contenterebbe di molto poco. Del pari, molti genitori cercano restringere i beni nelle mani del figlio primogenito, e potrebbero, dando qualche cosa agli altri figli, far rinunciare ad essi non solo alla sua eredità ma anche al diritto della legittima —

(1) Teoria uniforme, art. 1380.

(2) Teoria uniforme, art. 954, 1118, 1460.

(3) Teoria unif., art. 1118, 1460 — Il Codice civile non à poi riprodotto gli art. 1082 e seguenti del Cod. Civ. Francese co' quali si permetteva la donazione per contratto di matrimonio in favore degli sposi o de' figli nascituri di tutto o parte de' beni che alcuno lascia al tempo di sua morte, ciò che gli scrittori Francesi chiamano *istituzione contrattuale* di erede.

Digitized by Google

Il Legislatore dovea provvedere a tali sciagure famigliari (1) — 4. Altre convenzioni qualunque sulla successione di un uomo vivente sono pure vietate (2). Così se alcuno pattuisse, *mi darai tanto se non mi nomini erede*, farebbe cosa nulla (3). In simil guisa se due convenissero per contratto, che chi di loro rimanga superstite abbia la eredità dell' altro, la loro convenzione sarebbe nulla (4); e lo sarebbe egualmente se convenissero che uno soltanto debba succedere all' altro (5). E specialmente nelle successioni son vietati i patti detti captatorii quelli cioè pe' quali alcuno lasci la sua eredità o un legato ad altri, sotto condizione che questi lasci anche egli a sua volta a quello la sua eredità o un legato — Son detti *captatorii* a *captare*, dal prender con lusinga, quasi fosse con un amo, l' animo di alcuno. Sempre v' è il desiderio che l' altro premuoia, e facilmente si adoperano mezzi criminosi per avere la eredità o il legato altrui (6).

Ma non v' è regola senza eccezione, ed i Giureconsulti Romani ne facevano tre.

La prima era che il divieto de' patti successorii fra due contraenti cessava quando vi avesse pur consentito quegli della cui eredità si trattava, ma a questo era libero di dissentire a suo piacimento e di disporre della sua eredità come meglio a lui gradisse. Soltanto, se egli non avesse diversamente disposto in sua vita, il patto reggeva fra i due contraenti. La eccezione era giustificata dal consenso che prestava il *de cuius*, e dalla libertà che gli si lasciava di disporre a suo libito non ostante il contratto (7).

La seconda era che il divieto del patto successorio mancava quando il contratto evidentemente, e in casi determinati, muoveva da mutua affezione fra contraenti — Onde era permesso che i coniugi stipulassero un lucro dotale, quello cioè per lo quale premorendo la moglie, il superstite marito lucrava tutta o parte della dote di lei; e premorendo il marito, la moglie superstite lucrava un aumento della sua dote (veggasi § 190) (8). Ed era anche permesso che due persone si facessero testamento scambievole, ed anche in uno stesso atto (9).

---

(1) Teoria uniforme, art. 954, 1118.

(2) Teoria uniforme, art. 1118.

(3) Teoria, uniforme, art. 1118.

(4) Teoria uniforme, art. 1118.

(5) Teoria uniforme art. 1118.

(6) Teoria uniforme, art. 1118 ed 825.

(7) Il Codice Civile non ammette questa eccezione, perchè gl' inconvenienti derivanti da' patti successorii sussistono sempre anche quando vi consenta quegli della cui eredità si tratta, art. 1118 e 1460.

(8) Teoria uniforme, art. 1398.

(9) Il Codice Civile permette che due persone possano farsi testamento scam-

Digitized by Google

Come negare che il lucro dotale è mosso dall'affezione conjugale? Come potere impedire a due amici, a due fratelli di avvantaggiarsi scambievolmente col testamento? Evidentemente l'affezione li stringe a provvedersi a vicenda — Ma l'interessante è che lo scambievole vantaggio di due che testano a vicenda non deve formare una condizione del testamento che si fa, nel quale caso la istituzione sarebbe contrattuale e diverrebbe captatoria, come abbiamo ora spiegato — Così, se due persone si fanno testamento scambievole, niente v'è di male; ma se il testamento si fa con la condizione espressa che l'altro debba istituirlo erede, il testamento come *captatorio* è nullo (1).

La terza era che non s'impediva di fare una convenzione intorno all'eredità di una terza persona vivente, ma indeterminata ed incerta, come accadeva allorchè si stabiliva una società universale nella quale i soci erano obbligati di conferire eziandio la eredità ed i legati — La ragione di questa terza eccezione era da una parte l'affezione che stringe i soci, avendo la società *aliquid fraternitatis*, e d'altra parte la mancanza di pericolo di attentare alla vita di quello della cui eredità si tratta, essendo la persona indeterminata (2).

§ 555. Resti dunque fermo e fisso che due sole sono le specie di successione, cioè la successione testata e la intestata, e che non si ammette la successione contrattuale.

È per altro a sapere che tanto per la successione testata quanto per la intestata, si ebbe, come in tanti altri istituti giuridici, un progresso ed uno sviluppo dalla fusione dell'antico diritto civile rigoroso col diritto onorario del Pretore.

Nelle successioni l'opera del Pretore fu molto grave e conviene conoscerla, altrimenti non si può avere idea chiara del sistema successorio Romano.

Il Pretore avea la facoltà di dichiarare, supplire, e correggere il diritto (*iuris civilis adjuvandi, supplendi, corrigendi gratia*) e ne fece man mano, e a seconda dei bisogni e delle necessità sociali, un largo uso nella materia ereditaria, perchè a questa sono sempre rivolti i maggiori interessi delle famiglie.

---

bievole, ma vieta che possono farlo in un solo atto, e vieta pure che due persone possano far testamento in un solo atto ad un terzo, sia perchè l'atto vestirebbe la natura contrattuale, sia perchè si sarebbero incontrate gravi difficoltà per la rivocazione art. 761.

(1) Teoria uniforme, art. 852.

(2) Il Codice Civile invece vieta tale convenzione nella società art. 1701. La ragione è che si può preveder facilmente l'aspettativa che alcuno de'soci avesse di qualche eredità, onde mancherebbe l'uguaglianza tra soci; e di più si potrebbero mascherare alienazioni di eredità di uomini viventi, o donazioni a pro di incapaci.

Digitized by Google

Cosicchè venne formandosi un sistema intorno al diritto pretorio su tal materia.

Quale sia codesto sistema dev'essere ben precisato.

Il Pretore era mosso principalmente da sentimenti di equità, piegava ed in certo qual modo addolciva il rigore e l'asprezza dello stretto diritto civile Romano, che talvolta riusciva ingiusto per la sua estrema durezza. Ma perchè non fosse sembrato di aver egli voluto rovesciar il sistema legislativo, raggiungeva d'ordinario il suo intento adoperando vocaboli diversi da quelli della legge. E così, invece di parlare di eredità o di successione, chiamava *possesso dei beni* il diritto ch'egli conferiva.

Il complesso delle variazioni portate dal Pretore al diritto civile Romano, è detto *successione Pretoria*. Chi aveva l'eredità in forza dell'editto del Pretore, non era detto erede ma possessore dei beni, il dominio ch'egli acquistava non era quiritario ma bonitario.

Onde la successione Pretoria è definita da Ulpiano - *Jus persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quae cujusque, cum moritur fuit.* Fr. 3, §. 2, *de bonorum possessionibus* 37, 1, cioè il diritto, non concesso dalla legge civile, ma dall'editto del Pretore di vendicare o ritenere un patrimonio ereditario, o una cosa singola di esso.

Il Pretore, dicendo voler emendare, voler ampliare, voler meglio rifermare la sanzione legislativa, pose arditamente la mano tanto nella successione testata, quanto nella intestata; vi apportò quelle savie modificazioni che il progresso dei tempi, e più che altro, la equità suggerivano; perfezionò, per quanto potè, il sistema successorio; ed apparecchiò colle sue innovazioni le altre disposizioni legislative, che posteriormente sopraggiunsero. In breve, il Pretore fece molto progredire il diritto nella parte ereditaria.

E così, nella successione testata, egli diede il possesso dei beni ad alcune classi di persone contrariamente a ciò che il testamento disponeva (*contra tabulas*); ad altre lo diede secondando il volere del testatore, il quale non avea seguito le rigorose forme esterne della legge (*secundum tabulas*). Per esempio—Il figlio che non fosse stato nè istituito nè diseredato dal padre, poteva far annullare il testamento paterno; ma il figlio emancipato non aveva tale diritto perchè con la emancipazione era uscito dalla famiglia agnatizia di lui. Or il Pretore, sempre benevolo e pietoso, concesse al figlio emancipato il possesso dei beni paterni, e permise che egli succedesse, non come erede, ma come possessore dei beni (*contra tabulas*), cioè contrariamente al testamento del genitore, il quale testamento restava perciò impedito nella sua esecuzione.

Il testamento che non si fosse fatto con le forme stabilite dalla

Digitized by Google

Legge, la quale imponeva, come vedremo, la *mancipatio per aes et libram*, era nullo, ma il Pretore diede forza di validità a quel testamento che fosse stato suggellato da sette testimoni, ed accordò (*secundum tabulas*) il possesso dei beni agli eredi istituiti. Egli, vedendo che con le più semplici forme adoperate, veniva assicurata con certezza la volontà del testatore, volle farla valere.

Per le successioni intestate poi, il Pretore fu anche più largo, perchè le leggi delle 12 Tavole, fondate com'erano sull'organizzazione giuridica della famiglia Romana, menavano sovente a ingiustizie manifeste — Il Pretore diede perciò il possesso dei beni a parecchi ordini, e precisamente a quattro, coi famosi editti. *Unde liberi* - *Unde legitimi* - *Unde cognati* - *Unde vir et uxor*.

Con l'editto *Unde liberi* concesse il possesso dei beni ai figli emancipati, i quali non avevano diritto a succedere, perchè con la emancipazione avevan lasciato di far parte della famiglia agnatizia.

Con quello *Unde legittimi* fece sì che i parenti legittimi avessero potuto ottenere sollecitamente l'eredità mediante il possesso dei beni, senza adoperare le lunghe ed intrigate forme imposte dalla legge agli eredi.

Con l'altro *Unde cognati* permise che succedessero mediante il possesso dei beni i parenti del sangue che non facevano parte della famiglia civile. E così il Pretore accordò quel possesso ai parenti del sangue, a preferenza dei gentili chiamati dalla legge delle 12 Tavole in mancanza degli agnati, cioè in mancanza dei componenti la famiglia civile.

Con l'ultimo *Unde vir et uxor* accordò a'coniugi la successione reciproca, se il coniuge defunto non avesse lasciato parenti successibili.

Come si vede, le innovazioni fatte dal Pretore, furono gravissime, e tutte mossero dal nobile intento di perfezionare il diritto, e di accostarlo ai principii della equità naturale. —

Ma la successione restò sempre divisa in testata e intestata, senza che si fosse mai ammessa una terza specie di successione contrattuale.

Or il Diritto Romano tratta prima della successione testata e poi della intestata, più di tutto perchè, come vedremo, dà a quella una prevalenza su questa — Presenta anche delle regole comuni all'una ed all'altra successione.

Per lo che noi divideremo il lavoro in tre parti—Parleremo prima delle successioni testate, poi delle successioni intestate, e in ultimo delle regole comuni ad entrambe (1).

---

(1) Il Codice Civile, come dimostreremo in appresso, non dà alcuna prevalenza alla successione testata sulla intestata —E parla prima della successione

Digitized by Google

SUCCESSIONI TESTATE

§ 556. La parola testamento provviene dalle altre *testatio mentis*, testimonianza della mente, cioè attestato della volontà umana.

La definizione n'è data dal Giureconsulto Modestino, ed è — *Voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*. Fr. 1, *qui testamenta facere possunt* 28.1.—*Sententia voluntatis*, perchè il testamento si riduce ad un atto di volontà del testatore — *Nostrae*, perchè tale atto deve procedere dal libero sentimento del disponente — *Justa*, perchè l'atto dev'essere conforme alle regole stabilite dalla legge — *De eo quod quis fieri velit*, perchè il testamento è perfetto per la volontà del solo testatore, nel che differisce da'contratti — *Post mortem*, perchè il testamento prende forza soltanto dopo la morte del testatore, il quale può rivocarlo fintanto chè è in vita (1).

Tutta la materia testamentaria va divisa in sette punti, cioè:

I. Principii generali
II. Solennità che debbono concorrere ne' testamenti
III. Esecuzione de' testamenti
IV. Modi pe' quali restano invalidati
V. Legati
VI. Fedecommessi
VII. Codicilli

---

intestata e poi della testata, perchè, avendole messe sulla stessa linea, si trova, per riguardo alla semplice disposizione delle materie, che la successione intestata è una necessità sociale, mentre la testata può o no verificarsi — Art. 720, 721, 759, 923.

(1) La definizione romana per la sua generalità può bene ritenersi anche per Cod. Civ. il quale dà la definizione che si legge nell'art. 759.

Digitized by Google

PRINCIPII GENERALI

§ 557. I principii generali che dominano tutta la teoria testamentaria sono otto, e tutti prendono capo dal principio dominante, quale è quello della volontà.

1. *Integritas mentis requiritur in eo qui testamentum condit.* Fr. 2, *qui testamenta facere possunt* 28.1. Se il testamento è un atto di volontà (*sententia voluntatis*), è troppo chiaro che chi è difettoso nelle facoltà mentali, o non le abbia sviluppate, non può farlo — Così ad esempio un pazzo, un fanciullo non possono far testamento — Di ciò si parlerà ampiamente nella capacità di testare fra le solennità interne (1).

2. *Testator voluntatem suam semper mutare potest.* Fr. 4, *de adimendis legatis* 34.4. Sta nella natura del testamento la sua revocabilità e le ragioni son parecchie. La prima è, che niuno può dettare a se stesso tale legge che non gli sia lecito d'infrangerla. La seconda è, che il testamento è un atto unilaterale il quale può dar sola speranza e non diritto ad altri: il diritto sorge soltanto dopo la morte del testatore, quando s'incontrano la volontà di lui e dell'erede con l'adizione dell'eredità. La terza è, che la materia successoria è regolata con principii di ordine naturale e politico, e non si può contravvenire ad una legge di ordine politico che statuisca la revocabilità dei testamenti. Per tutte tali ragioni e per l'indole stessa della volontà umana, vale la massima — *Voluntas hominis est ambulatoria usque ad mortem* (2).

3. *Quamdiu successor ex testamento speratur, ab intestato heredibus locus non detur.* Fr. 39 *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29. 2. La successione testata esclude la intestata, perchè la volontà espressa nel testamento, esclude la presunzione di volontà che fa la legge deferendo la successione intestata — E basta a non ammettere alla successione del defunto gli eredi stabiliti dalla legge nella successione intestata, quando vi sia la sola speranza di avere eredi testamentarii, come meglio vedremo parlando delle istituzioni di erede sotto condizione. (3)

4. *Potest unusquisque vel scripto testari vel per nuncupationem.* Fr. 21, *qui testamenta facere possunt* 28.1. Se il testamento è un atto di vo-

(1) Principio uniforme, art. 703.
(2) Principio uniforme art. 759, e 916.
(3) Principio uniforme art. 848, 854, 855, 857, 858, 859, 860

Digitized by Google

lontà, questa può bene esprimersi o in iscritto o a voce, come meglio si dirà parlando delle solennità esterne (1).

5. *Sollemnitates omnes in testamento sunt observandae quas leges exigunt.* Fr. 1, *de injusto, rupto, irrito testamento* 28.3. Il testamento è un atto di volontà privata, moderato dalla legge pel bene pubblico, come abbiamo ampiamente spiegato nella introduzione al § 552 e seguenti—Se le sollennità son dirette ad aver la certezza che la volontà del defunto è quella scritta nel testamento, si avranno le solennità esterne; se poi son dirette a veder adattata la volontà del defunto alla volontà della legge, cioè a' temperamenti da essa stabiliti nello interesse sociale, si avranno le solennità interne — Di ciò si terrà discorso parlando delle forme del testamento (2).

6. *Testandum est de universitate omnium bonorum.*

7. *Nemo potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere.*

8. *Nemo potest cum duobus pluribusve testamentis decedere.* Fr. 7, *de regulis juris* 50, 17. Fr. 1 § 4, *de heredibus instituendis* 28, 5. Fr. 19, *de testamento militis* 29, 1.

Si è già detto che tutti questi principii generali prendono capo dal principio dominante della volontà, e bisogna bene, a base di esso, chiarire questi ultimi tre.

Secondo il sistema Romano, l'erede nominato dal testatore raccoglieva sempre l'intera eredità, sia che la disposizione fatta in suo favore avesse compreso in effetto l'universalità de' beni, sia che ne avesse compresa una quota parte come il terzo, il quarto ecc. senza che fosse nominato altro coerede, sia infine che, sempre non nominandosi altri coeredi, la disposizione si fosse ristretta ad uno o più beni determinati — Onde hanno una spiegazione chiara le due prime massime, cioè che bisognava far testamento della universalità de' beni, e che niuno poteva morire in parte testato e in parte intestato—Chi faceva suo erede alcuno lasciandogli una quota de' beni o una cosa determinata, e non nominava altro coerede per la parte rimanente, faceva erede colui per l'intero, e non si dava la parte omessa agli eredi legittimi.

Del pari codesto sistema spiega pure il terzo assioma, che cioè niuno poteva morire con due o più testamenti, perciocchè se vi era la regola, che chi era istituito erede per una quota parte o per uno o più beni determinati, si prendeva tutta la eredità in mancanza di nomina di altri coeredi, necessariamente dovea valere il solo testa-

(1) Il Codice per aver la certezza di un atto importante qual'è il testamento, e valutata la civiltà attuale, vuole sempre lo scritto, e non ammette testamento nuncupativo, cioè fatto soltanto con parole art. 774.

(2) Principio uniforme art. 804, 830, 831, 833, 850, 852, 888.

Digitized by Google

mento ultimo, sempre quando però fosse stato valido; e l'erede nominato nel testamento fosse pure per una quota o per un bene determinato, facea sua l'intera eredità.

La ragione di tal sistema del Diritto Romano era doppia.

La prima era che i Giureconsulti vedevano il fatto della nomina di un erede, il quale fatto rivelava chiaramente la volontà del defunto di volerlo a suo successore universale, tale e non altro essendo l'erede — A che monta, essi dicevano, che il testatore abbia soltanto designato una parte o alcuni beni della eredità, tostochè l'istituito è stato chiamato erede, e come tale è stato chiamato successore in tutta la sostanza ereditaria? La volontà del defunto è manifesta pel fatto della nomina di erede.

La seconda ragione era per evitare le liti, perchè dovendosi interpretare la volontà del defunto, e ammettendosi il concorso degli eredi legittimi pe' beni non designati nel testamento, le liti riescono vive e numerosissime.

Da ciò si vede che la prevalenza che la successione testata aveva in Diritto Romano sopra quella intestata non era di parole, nè di semplice disposizione di materie nel corpo del Diritto, ma menava a conseguenze giuridiche importanti, per quanto è importante e grave il vedere che un testamento il quale dispone soltanto di una quota o di alcuni beni della eredità assorbe e regola le altre quote e gli altri beni di cui il testamento medesimo tassativamente non dispone (1).

---

(1) Il Codice non à ritenuto alcuno di questi tre assiomi, ed à stabilito un sistema diverso. Per Codice Civile non è riconosciuto il principio, che dalla istituzione di alcuno come erede per una quota o per un cespite dovesse presumersi necessariamente la istituzione di lui per gli altri beni, ma invece il Codice vuole che s'interpretri la volontà del defunto, e si vegga se questi realmente voleva dare all'erede nominato per una parte o per alcuni beni, le altre parti o gli altri beni pe' quali à taciuto — In altri termini il Diritto Romano diceva — *Dal fatto della nomina di un solo erede per una quota o per alcuni beni determinati, traggo la presunzione che si è voluto istituirlo per gli altr beni non ricordati nel testamento* — E il Codice Civile dice — *dal fatto della nomina di un solo erede per una quota o per alcuni beni determinati, non traggo alcuna presunzione, e voglio che si ricerchi la volontà del defunto: le quote o i beni non assegnati ad alcuno nel testamento siano dati all'erede testamentario o agli eredi legittimi, secondochè si trovi che il testatore aveva la volonta di darli all'uno, ovvero agli altri* — art. ed arg. art. 720, 759, 760.

Segue da ciò che oggi si ammette il concorso contemporaneo degli eredi testamentarii e degli eredi legittimi, se si riconosca che il testatore ebbe realmente codesta volontà. Onde son caduti gli assiomi di Diritto Romano che bisognava testare della universalità de' beni, e che non si potea morire in parte testato e in parte intestato — Si avverta intanto che se in modo non equivoco à parlato il testatore nel suo testamento, si dovrà eseguire senz' altro la sua

Digitized by Google

SOLENNITA' CHE DEBBONO CONCORRERE NE' TESTAMENTI

§ 558. Ne' testamenti domina la volontà del testatore, ma tale volontà non è del tutto sfrenata e libera, invece è moderata dalla volontà della Legge, la quale pel bene pubblico assegna de' limiti e impone de' temperamenti alla volontà umana. Abbiamo ampiamente parlato di ciò nella introduzione al § 553.

Or quando si riguardino le regole stabilite dalla legge per dar la certezza della esistenza e mantenere la fede della volontà del testatore, come ad esempio presenza di testimoni, unità di contesto ecc., tali regole si chiamano forme o solennità esterne, perchè con segni esteriori e sensibili assicurano il contenuto nel testamento, il qual contenuto è la volontà del testatore. Quando per converso si riguardino le regole stabilite affinchè la volontà del testatore stia in corrispondenza delle prescrizioni di legge, cioè della volontà della legge la quale limita e modera la volontà umana, come ad esempio, per mantener salva la legittima ecc. tali regole si chiamano forme o solennità interne, perchè versano sul contenuto nel testamento, cioè sulla legalità della volontà del testatore, non contenendosi altro nel testamento che la espressione della volontà del defunto, la quale à

---

volontà. Ma, se vi è dubbio si potrà ammettere il concorso degli eredi legittimi per le quote o pe'beni omessi soltanto allora che, interpretandosi il testamento, si abbia la prova certa che il testatore abbia voluto regolare la successione in parte con la sua disposizione, e abbandonarsi pel di più all'ordine successorio legittimo; come ad esempio quando la disposizione testamentaria ristretta manifestamente ad uno o più cespiti particolari dell'eredità, lasci intendere chiaramente che non ne comprenda tutti i beni—Sempre però mantenendosi il dubbio, bisogna ritenere che la eredità siesi voluta deferire intieramente all'erede testamentario.

Stabilito un sistema diverso, è caduto ancora il terzo assioma che niuno potea morire con due o più testamenti. Dal momento che si è abbattuto il principio che la istituzione di erede per una quota o per alcuni beni dava la presunzione d'istituzione per la intera eredità, ne segue che ben può alcuno morire con più testamenti che fossero tra loro compatibili art. 917 e 920, e la ragione è sempre quella, cioè che oggi deve ricercarsi quale fu realmente la volontà del defunto, senza che si ammetta presunzione alcuna.

Per tutto ciò è chiaro che oggi non v'è alcuna prevalenza della successione testata sulla intestata, onde il nostro legislatore parla nell'ordine naturale prima della successione intestata e poi della testata, perchè la intestata è una necessità sociale mentre la testata può o no verificarsi.

Digitized by Google

valore e produce il suo effetto soltanto allora che corrisponde a'limiti ed alle moderazioni dalla legge volute. (1)

Nè si creda che tale distinzione di solennità esterne ed interne sia puramente accademica, mentre invece è di molta importanza, menando a conseguenze gravissime specialmente per diritto vigente Dapoichè le formalità esterne sono regolate dalla legge in vigore al tempo del fatto testamento, e le formalità interne da quella in vigore al tempo della morte del testatore (2). La ragione è che nel primo caso l' atto è perfetto tostochè è formato il testamento, e sugli atti compiuti à sempre vigore la Legge del tempo in cui si fanno; ma nel secondo caso l' atto non à il suo compimento e la sua efficacia se non nel tempo della morte del testatore, e trattandosi di Leggi di ordine pubblico, queste vengono ad imporsi tostochè sian pubblicate.

Inoltre le formalità esterne sono determinate dalla legge del luogo in cui è fatto il testamento, e le interne dalla legge della patria del testatore (3). La ragione è, che nel primo caso vale la massima *locus regit actum*, perciocchè per le forme estrinseche bisogna adattarsi al luogo dove l' atto si fa, essendo ad esse abituati gli uffiziali pubblici che lo redigono, e risentendo sempre del diritto pubblico locale le forme imposte per la estrinseca validità degli atti; ma pel secondo caso deve valere la Legge della nazione del testatore e non di ciascun luogo ove son situati i beni, perchè la relazione successoria tra l' erede e il suo autore risente dello statuto personale, che accompagna sempre la persona, essendo quella relazione poggiata a' due elementi di ordine privato nelle successioni, cioè alla proprietà e alla famiglia.

Laonde parleremo delle solennità esterne e delle interne.

SOLENNITA' ESTERNE

§ 559. Le forme esterne ne' testamenti sono di doppio ordine, secondochè son comuni a tutti, ovvero speciali ad alcuni. La specialità di forme è relativa a casi ne' quali v' è qualche privilegio, ovvero riesce impossibile adoperare le forme comuni, come ad esem-

---

(1) Questa distinzione di forme esterne ed interne è implicitamente ritenuta dal Codice Civile. Art. 774 e seg. 805 e seg.

(2) Teoria uniforme per Cod. Civ.. Arg. art. 22, 24, 26, Disposizioni transitorie del Codice medesimo.

(3) Teoria uniforme per Cod. Civ. — Art. 9 disposizioni preliminari del Codice medesimo.

Digitized by Google

pio pe' Militari in tempo di guerra, per coloro che fanno testamento in luoghi dominati da peste, colera ecc. (1).

Onde i testamenti si distinguono in testamenti solenni e meno solenni, cioè ordinarii e speciali, dovendosi ne' solenni od ordinarii osservar tutte le forme, ed essendone rimesse alcune ne' testamenti meno solenni o speciali (2).

Qualunque poi sieno le formalità stabilite dalla Legge pe' testamenti, esse debbono tutte rigorosamente osservarsi sotto pena di nullità. La ragione di codesta durezza è doppia. La prima è, che nella teoria successoria, come abbiamo detto d' innanzi, concorre anche il diritto pubblico, al quale i privati non possono derogare. La seconda è, che non vi è cosa che l' uomo più appetisca quanto le eredità, per lo che niente v' à di più soggetto alle frodi e alle nequizie umane quanto i testamenti, ond' era mestieri guarentirli con forme severe per metterli al sicuro dalle male arti.

Testamenti ordinari, altrimenti detti solenni

§ 560. Le solennità esterne ne' testamenti si presentano in Diritto Romano molto involute, ed ànno a prima vista un certo aspetto di stravaganza.

Ma se distinguansi i tempi diversi, e il progressivo sviluppo, e la graduale semplicità potutasi avere col decorrimento de' secoli, si giungerà di leggieri con mente soddisfatta fino a nostri giorni.

Sparisce poi ogni sfavorevole impressione tostoschè si pensi che le forme testamentarie ànno avuto sempre siccome ànno per oggetto la fede dell' atto, vale a dire che il testamento racchiuda realmente e con tutta certezza la volontà del testatore.

Fermato il principio che la forma è diretta alla fede dell' atto, ed avvertito che la forma puó progressivamente rendersi più semplice, ogni difficoltà svanisce.

I due punti storici importanti nel Diritto Romano sono la Repubblica, e l' Impero — Specialmente sotto la Repubblica, l' ufficio del Pretore ebbe la sua maggiore e più splendida forza.

Or si ànno forme diverse secondochè si guardi l' epoca repubblicana, cioè il Diritto Civile Romano e il Diritto pretorio in tale epoca e ne' primi secoli dell' epoca Imperatoria, ovvero si guardi il diritto costituito degl' Imperatori.

---

(1) Il Cod. Civ. non riconosce più privilegi di forme esterne per alcuno.

(2) Anche il Cod. Civ. distingue le forme esterne de' testamenti in ordinarie e speciali art. 774, 789.

Digitized by Google

Si ripete che tutte tali forme ànno avuto un solo oggetto, la fede dell' atto, ma le forme sono state dapprima più complicate, gravi, e simboliche, e grado grado si son venute a render semplici e lievi, salvandosi sempre e in tutti i tempi quel principio.

Ne' primi tempi di Roma, i testamenti doveansi fare per Legge nè comizii, che a tale uopo convocavansi due volte l' ànno.

Codesta forma primitiva recava gravi inconvenienti perchè molti, che avrebbero voluto far testamento, morivano intestati essendo colpiti dalla morte negl' intervalli delle due convocazioni. L' uomo è ordinariamente tardo a far testamento, richiamando questo la idea della morte da cui rifugge.

Per lo che si stabilì la forma della *mancipatio per aes et libram*, cioè della vendita solenne in cui intervenivano il testatore, l' erede come compratore dell' eredità, il libripende, e cinque testimoni — Tale forma novella menò ne' primi tempi alla conseguenza che il testamento non fosse rivocabile, essendosi esso uguagliato alla vendita; ma ne' tempi posteriori la vendita divenne immaginaria, perchè il compratore fu finto nella persona di un terzo estraneo alla eredità, e il prezzo era raffigurato nel pezzo di metallo che per pura forma si mettea sulla bilancia — A tal modo il testamento, secondo dice Ulpiano, si compose di due parti — 1 di una vendita solenne, ma simbolica e immaginaria, — 2. della dichiarazione di testare detta *nuncupatio* conforme alle tavole che teneva in mano il testatore, dopo di avervi sopra scritto l' erede, dicendo — *Haec, uti in his tabulis scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, quirites testimonium mihi praebitote*, donde il nome di *nuncupatio testamenti*. Gaj. Com. 2, § 201 Ulpian. fragm. Tit. 20. § 11 — Fr. 3 *qui testamenta facere possunt* 28. 1. Ma si avverta che secondo la forma della *nuncupatio per aes et libram*, il testamento dovea essere in iscritto sopra tavolette anche incerate, sopra papiro ecc. e lo scritto potea esser vergato o di mano del testatore o di mano altrui. Più tardi, e al tempo degli Imperatori si ammise che il testamento si potesse fare a voce, siccome di qui a poco diremo.

Ad ogni modo resti ferma l' idea che cadde in disuso l' antico modo di testare *comitis calatis*, e si ebbe invece il novello *per aes et libram* — Nè con quest' ultima forma si urtava il principio che la eredità non potesse trasferirsi per contratto, perchè tale forma per *aes et libram* avea il simulacro della vendita, ma non era vendita, dal momento che nè il finto compratore pagava il prezzo e metteva soltanto per mostra sulla bilancia un pezzo di metallo detto *nummulus*, nè l' erede nominato acquistava subito la eredità, nè era vietato al testatore di revocare o variare il suo testamento.

Digitized by Google

§ 561. In questo mezzo furono compilate le Leggi delle 12 Tavole, le quali vollero rifermare semprepiù il potere sovrano del padre di famiglia su' figli, e conservarglielo in certa guisa anche dopo morto. Onde solennemente disposero che *paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.*

Ma il diritto Pretorio, che procedeva di pari passo col civile e ne temperava il rigore innestandovi sentimenti di equità naturale, inventò una forma più semplice, dappoichè ammise la validità del testamento e diede ad esso efficacia mediante il possesso de' beni (di cui abbiam discorso al § 555 quante volte vi fosse stato uno scritto contenente la volontà del testatore, il quale scritto si fosse sigillato da sette testimoni, ciascuno de' quali avesse apposto il suggello col proprio anello.

Dal punto che la *mancipatio per aes et libram* era pe' testamenti una vendita immaginaria e la realtà consisteva nella presenza di sette persone, cioè cinque testimoni, libripende, e finto compratore, ben fece il Pretore a dar forza a quel testamento che si fosse fatto in iscritto, e che fosse stato sigillato da sette testimoni — Le forme si allontanarono da' simboli, e si andò alla realtà, aumentandone le guarentigie.

Si ebbero così nello stesso tempo due forme di testare ugualmente valide, l' una per diritto civile *per aes et libram*, e l' altra per diritto pretorio con lo scritto, con l' intervento de' testimoni, e col loro suggello.

Al tempo degl' Imperatori, il Diritto Civile e il Diritto Pretorio essendosi felicemente semprepiù accostati, tutte le precedenti forme disparvero, e sulle tracce di esse si stabilì una forma nuova la quale risentiva delle diverse forme precedenti e in certo modo le perfezionava.

E venne disposto che il testamento potea essere orale o in iscritto, che l' orale dovea esser sempre fatto in presenza di sette testimoni, manifestando il testatore la sua volontà in modo chiaro ed intelligibile e che il testamento scritto potea esserlo anche di mano altrui, e dovea venir sottoscritto da sette testimoni, ovvero da otto quantevolte il testatore non avesse saputo firmare, e si dovea poi chiudere in un involucro sopra cui ciascun testimone dovea apporre un suggello. Fu disposto inoltre che il testamento scritto potesse essere anche segreto, nel quale caso il testatore lo presentava avvolto fin dove finiva la scrittura, e nella parte rimasta aperta (*reliqua parte*) si apponevano le firme, e quindi si chiudeva e sigillava nel modo ora detto.

Inoltre si volle che — 1. vi fosse unità di contesto (*unitas contextus*

Digitized by Google

il che significava che il testamento dovesse farsi con continuità e con uniformità di atto, cioè che il testamento non dovesse esser perfezionato in diversi tempi, nè potesse nel testamento immischiarsi cosa ad esso non relativa. Cosichè mancherebbe, ad esempio, l' unità di contesto se oggi firmassero due testimoni, e domani gli altri, ovvero se il testatore cominciasse a manifestare la sua volontà, e, interrompendo il testamento, passasse a formare un contratto, e poi il testamento fosse compiuto — 2. Che i testimoni fossero adunati specialmente pel testamento, ovvero essendo adunati per altro affare, fossero prevenuti, prima di cominciare la solennità, che doveano servir da testimoni al testamento (*specialiter rogati*); — 3. che i testimoni dovessero essere idonei, cioè capaci per l' esercizio de' diritti civili, e degni di fede — Onde doveano essere cittadini Romani, non servi, puberi e di sana mente, non furiosi, nè prodighi, nè mentecatti, nè muti, nè sordi, nè ciechi. Doveano ancora essere maschi e non femine. Non potevano ne' testamenti far da testimoni le persone improbe e rese incapaci di far testimonianza, gli eretici e gli apostati della religione Cattolica, e i condannati per la Legge Giulia de adulteriis, e Giulia repetundarum, cioè i condannati per adulterio, stupro, incesto, lenocinio, e per concussione. Del pari erano esclusi dal far testimonianza il testatore, l' erede, e i componenti la loro famiglia, principalmente perchè niuno può far testimonianza a se stesso, ed avrebbero fatto testimonianza per se non solo il testatore e l' erede ma anche i loro figliuoli e nipoti sotto la potestà dell' avo, per la massima di Diritto Romano, *pater et filius pro una persona habentur*. Ma potevano far da testimoni i legatarii, perchè questi non erano *successores juris*. Non era d' impedimento la parentela che passasse tra i testimoni — 4. Che il testamento potesse scriversi in tavola, in carta, in pergamena, o in altra materia adatta — 5. Che lo stesso testamento potesse farsi in più originali, affinchè l' uno potesse supplire alla perdita dell' altro.

§ 562. Oltre a tale forma, a dir così principale, al tempo degl'Imperatori ve n' erano altre due, alle quali più propriamente gl' Interpetri danno il nome di testamento pubblico. La prima era il testamento ricevuto dall' Autorità giudiziaria o municipale, davanti a cui il testatore facea verbalmente la sua disposizione, che era ridotta in iscritto da quell' Autorità in un processo verbale il quale veniva depositato negli archivii (*actis insinuatum*). La seconda era il testamento offerto al principe: il testatore indirizzava all' Imperatore la sua disposizione di ultima volontà, e dopo che l' avea ripetuta innanzi al Consiglio del principe, era depositata negli archivi della corona (*principi oblatum*).

Digitized by Google

In tempi precedenti alla compilazione del Corpo del Diritto Giustiniano ebbe vigore il testamento olografo, e nel Codice Teodosiano leggesi. *Ut quisquis per olographam scripturam maluerit ordinare judicium, habeat liberam facultatem.* Nov. 1. 2. T. 4. *de testamentis* al Cod. Teodosiano. Vi si danno ancora ragioni plausibilissime della forma olografa di testare, e vi si dice che una persona, stretta dal bisogno di significare l'ultima sua volontà, non sempre è in grado di trovare ufficiali pubblici o testimoni: che può di leggieri con suggestioni impedirsi altrui di far testamento in forma pubblica, ma non è facile circuirlo in modo da impedirgli di fare un testamento olografo; e che colui il quale fa testamento olografo, può a suo bell'agio meditarlo, leggerlo, rileggerlo, correggerlo, rifonderlo, e persino rifarlo.

Ma niuna menzione si trova del testamento olografo nel Codice Giustinianeo, il quale anzi vi deroga, occorrendo, col richiedere l'intervento de' testimoni anche pe' testamenti scritti di mano del testatore. L. 21. Cod: *de testamentis* 6. 23.

Tuttavia la forma olografa venne autorizzata a favore del padre che testava a vantaggio de' figli, o che divideva i beni tra figli, ma ciò in via d'eccezione, mentre il testamento olografo non entrava ancora nel Corpo del Diritto. Novella 107. Cap. 1.

Vero è che qualche frammento del Digesto dichiara validi certi legati e fedecommessi contenuti in lettere missive o in iscritti olografi. Ma, come vedremo, i legati e fedecommessi non costituivano un testamento, pel quale era necessaria la istituzione di erede, che non poteva risultare da altra scrittura che non fosse testamento. Per altro al tempo degl' Imperatori fu pure vietato di fare disposizioni di ultima volontà senza testimoni, fossero anche legati o fedecommessi.

§ 563. Pel testamento de' sordi, de' muti, e de' ciechi, v' erano norme ad essi partieolari.

Quelli che erano sordi e muti ad un tempo non poteano far testamento, perchè i Giureconsulti partivano dal principio che il vizio del corpo ordinariamente va congiunto con la debolezza dell' animo. Ma poteano farlo soltanto in iscritto e di mano propria i sordomuti per infermità posteriore alla nascita, per la ragione che scrivendo avrebbero potuto esprimere la loro volontà. Non era impedito di far testamento a quelli che erano soltanto sordi perchè essi potevano parlare e fare così il testamento nuncupativo, potevano scrivere il testamento o farlo scrivere ad un terzo e adoperare tutte le altre forme richieste dalla Legge. Quelli poi che erano soltanto muti non potevano far testamento se non avessero saputo scrivere,

Digitized by Google

perchè mancando di parola non avrebbero avuto modo di esprimere la loro volontà se non con cenni, i quali sarebbero riusciti sempre dubbii e di pericolosa interpetrazione.

Per riguardo poi a' ciechi, è da ricordare che essi anticamente poteano testare come ogni altro, perchè il cieco *accire (scire) potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibente*. Ma l'Imperatore Giustino per premunire il testamento del cieco contro ogni frode, lo sottopose ad uua forma particolare: egli ricercò oltre a sette testimoni l'assistenza di un *tabularius*, e, in mancanza di costui, l'assistenza di un ottavo testimone. Il *tabularius*, ovvero l'ottavo testimone, nel caso di un testamento nuncupativo, dovea scrivere sotto la dettatura del cieco; e, nel caso di un testamento scritto, dovea in presenza de' sette testimoni darne lettura al cieco affinchè questi potesse riconoscervi la sua volontà e confermarla. In entrambi i casi il testamento dovea essere sottoscritto e sigillato da' testimoni e dal tabulario od ottavo testimone. Inoltre il cieco dovea non solo pronunziare il nome dell' erede, ma anche dare per lui ogni altra indicazione affinchè non si errasse nella persona.

§ 564. Codeste furono le forme estrinseche de'testamenti ordinarii in Diritto Romano.

Ma perchè oggi in tutta Europa è il Notaro che primeggia per cotali forme ne'testamenti solenni, fa d'uopo dirne qualche parola —

In Diritto Romano i Notari non erano sconosciuti ed apparvero come uffiziali che davano fede pubblica a'loro atti a'tempi del basso Impero, ed erano chiamati *tabelliones*. Ma i loro atti faceano fede come atti pubblici soltanto pe'contratti e per le donazioni — E così i *tabelliones* non erano autorizzati ad attribuir la fede pubblica pe'testamenti, essendosi per questi, e sotto pena di nullità, ritenute le forme che abbiamo innanzi precisato —

I notari allora detti *tabelliones*, per riguardo a'testamenti avevano il nome e le attribuzioni de'*tabularii*, i quali non erano più che uomini ben pratici e versati negli atti giuridici, segnatamente contrattuali ch'essi componevano, e de'quali poteano esser poi testimoni in caso di contestazione. Tanto è ciò vero che pel testamento de'ciechi, non bastavano sette testimoni, ma era necessario aggiungervi un *tabularius*, il quale dovea pur sottoscrivere l'atto, ed in mancanza del *tabularius* un ottavo testimone.

Fu il diritto Germanico che estese anche a'testamenti la fede pubblica data per Diritto Romano agli atti notarili pe'contratti e per le donazioni.

Da per tutto, da'tempi del basso Impero in poi crebbe la fiducia e il lustro ne'*tabelliones*, cioè ne'notari, e da per tutto si concesse

Digitized by Google

ad essi la facoltà di ricevere i testamenti e dare a'testamenti da loro raccolti la forza di atto pubblico. Per altro si avverta che per lo stesso Diritto Romano gli atti giudiziali davano fede pubblica senza bisogno di testimoni, mentre per gli atti notarili i testimoni eran sempre necessari, essendo sempre i notari in condizione inferiore a'Giudici, ed ispirando questi tutta la confidenza per la carica pubblica che rivestono (1).

Testamenti speciali altrimenti detti meno solenni.

§ 565. Tiene il primo posto il testamento militare — Esso ne'primi tempi di Roma si faceva innanzi all'esercito apparecchiato e messo in armi, onde dicevasi *testamentum in procinctu*, dapoichè *procin-*

(1) Abbiamo detto che l'oggetto delle forme esterne è la fede dell'atto, cioè la certezza che il testamento realmente racchiuda la volontà del testatore. Tale principio è vero per qualunque Codice e di ogni tempo, o lo è specialmente pel Codice Civile che non ammette simboli, i quali potrebbero accennare a solennità superflue — Or la fede de'testamenti è oggi raggiunta in modo semplice e sicuro.

Oggi non si ammettono i testamenti fatti a parole, detti nuncupativi, ma i testamenti debbono essere in iscritto, e lo scritto può essere tutto di mano del testatore, ovvero con l'intervento e con l'opera varia del Notaro.

La fede ne'testamenti nuncupativi riusciva sempre in certo qual modo dubbia, perchè essi riposavano sulla sola labile prova testimoniale, onde la facilità di dimenticanze e di frodi, e la moltiplicità delle liti — Inoltre il progresso della civiltà e i mezzi semplici concessi per testare, consigliarono di non ritenere più tale forma.

Il testamento, che dev'essere sempre scritto, è olografo o per atto di notaro, e quest'ultimo è pubblico o segreto —

Or la fede del testamento olografo è assicurata dal fatto permanente di una disposizione scritta per intero dal testatore.

La fede del testamento pubblico è stabilita dall'attestato simultaneo di uno o due uffiziali pubblici, quali sono i notari, e di testimoni imparziali, come pure dalla firma del testatore se sa scrivere.

La fede del testamento segreto dipende dalla presentazione dell'atto che deve farne lo stesso testatore che lo ha formato, e dalle cautele prescritte per assicurarne l'identità.

Codesto è il congegno del Codice Civile per riguardo alle forme esterne nei testamenti ordinari.

Ma è di mestieri entrare in più minuti dettagli, affinchè si vegga quali sono i mezzi precisi adoperati dal Legislatore, e si sappiano gli articoli tassativi del Codice.

Si è già avvertito che oggi son due sole le forme, cioè la forma olografa e quella per atto di notaro art. 774.

Il testamento olografo è quello scritto tutto di pugno del testatore datato e firmato da lui — Non v'è bisogno d'indicare il luogo dove il testamento si è

Digitized by Google

ctus significava esercito messo in punto, e sotto le armi. L'esercito teneva il luogo de'Comizii ne'testamenti ordinarii. Col volger del tempo s'introdusse il diritto di far testamento innanzi ad un certo numero di compagni d'arme.

---

scritto perchè lo si può fare in viaggio — Nè la legge parla d'inchiostro o di carta, onde lo si potrebbe fare con matita, colori ecc. sopra tele, lamine metalliche, o materie simili art. 775 — Per Codice Civile è ammesso il testamento olografo per le stesse ragioni per le quali fu ammesso nel Codice Teodosiano. Veggansi § 562.

Il testamento per atto di notaro è pubblico o segreto.

Il pubblico è ricevuto da un notaio e da quattro testimoni, ovvero da due notai e da due testimoni, a'quali il testatore dichiara la sua volontà, che é ridotta in iscritto da un notaro. Dovendo i testimoni sapere scrivere, come ora diremo, era mestieri dar facilità di adoperarne in numero più ristretto, cioè di due, raddoppiando il numero de'notari art. 777 a 781.

Il testamento segreto deve presentarsi in iscritto al notaro e testimoni e può essere scritto dal testatore o da un terzo, nel quale ultimo caso dev'essere sottoscritto dal testatore art. 782 — Norme per la presentazione del testamento segreto, per la chiusura, e pe'suggelli, come ancora per l'intervento di testimoni al numero di quattro art. 782. 783 — Pel testamento segreto la legge vuole unità di contesto, cioè che la consegna, la chiusura, i sigilli, il verbale e le firme sian fatte di seguito senza passare ad altri atti art. 783.

Il Codice ammette che possa fare testamento segreto anche chi sa soltantp leggere e non sa scrivere o non può scrivere, nel quale caso deve dichiarare di aver letto il testamento che consegna art. 784, 785.

Passa poi il Codice a dettar le norme pe' testamenti de' sordi e de' muti, e non prescrive alcuna forma speciale pe'ciechi pe'quali si osserva il diritto comune, essendosi ritenuto inutile l'aggiunger pel testamento del cieco un altro testimone.

Or la legge distingue tre casi, cioè — 1. o si tratta di uno che è sordo e muto ad un tempo — 2. o è soltanto muto e non sordo — 3. o é soltanto sordo e non muto.

Pe'sordo-muti il Codice non dichiara del tutto incapaci. i sordomuti dalla nascita, come facea il Diritto Romano, sia perchè è troppo azzardato il dire che il vizio del corpo va d'ordinario congiunto col vizio dell'animo, sia perche si è trovato il mezzo d'imparar loro a leggere e scrivere — Onde si è loro permesso di far testamento olografo o segreto, quante volte sappiano scrivere. Ma essi non ànno capacità di fare testamento pubblico, perchè in questo il testatore deve esprimere a voce la sua volontà, e il sordomuto non sa articolar parole, e sarebbe troppo difficile e pericoloso una interpretazione a forza di segni art. 786.

Che se il sordomuto faccia testamento segreto, si debbono osservare le forme ordinarie e di più egli deve in fronte all'atto della consegna scrivere in presenza de'testimoni e del notaio che la carta presentata contiene il suo testamento, e se questo è stato scritto da un terzo, deve aggiungere di averlo letto art. 786 —

Pei soli muti si osservano le identiche disposizioni de'sordomuti art. 786 —

Pei soli sordi poi il Codice dichiara che possono fare testamento in qua-

Digitized by Google

Sotto gl'imperatori, i quali avevano bisogno di gran numero di soldati e di tenerli affezionati, *il testamentum in procinctu* ebbe il nome di *militare* e vi furono annessi privilegii estesi non solo per la solennità esterna, ma anche per la interna.

Riservandoci a parlare a proprio luogo della forma interna di cosiffatti testamenti, per riguardo alla forma esterna è quì da avvertire, che i testamenti militari vennero dispensati da qualunque solennità estrinseca, purchè fossero stati fatti nel corso della spedizione di guerra o negli accampamenti (1).

Cosicchè se il militare avesse testato a parole, bastavano due soli testimoni ma si dovea esser sicuri che egli lo avesse fatto con animo deliberato e non *fortuito sermone vel jocose inter pocula*.

Se poi avesse testato in iscritto, non v'era bisogno di testimoni, ed era indifferente il modo di scrittura adoperato, onde il testamento era efficace anche quando col sangue avesse il militare, morendo in guerra, scritto la sua volontà sul suo scudo o sulla guaina della sua spada, o con la punta di questa avesse espresso il suo

---

lunque delle forme stabilite dalla legge, cioè possono farlo olografo, pubblico, e segreto — Ma perchè il testamento pubblico dev'essere letto dal notaro al testatore, e questi se è sordo non può sentirlo, il Codice dispone che se il sordo voglia fare testamento pubblico oltre le formalità ordinarie per tutti stabilite, deve leggere egli stesso l'atto testamentario, ed ove non sappia o non possa leggere, debbono intervenire cinque testimoni, ovvero tre testimoni se vi siano due notari art. 787.

Tutte tali forme sono prescritte a pena di nullità, art. 804. I testimoni da adoperarsi ne'testamenti debbono essere maggiori di anni ventuno, cittadini del regno, o stranieri in esso residenti, e non aver perduto per condanna il godimento e l'esercizio de'diritti civili, art. 788. — Non è più necessario che siano maschi, legge 9 dicembre 1877, num. 4167. Debbono pure riunire gli altri requisiti richiesti dalla legge del notariato, come ad esempio che non siano sordi, ciechi, imbecilli ecc.

Non sono testimoni idonei i praticanti e gli amanuensi del notaio che à ricevuto il testamento, per evitare collusioni e frodi, e perchè il loro stato di dipendenza li rende quasi una persona col notaro, art. 788.

Nè anche sono idonei come testimoni il padre, la madre, il discendente, o il coniuge di quello a vantaggio di cui si è fatta una disposizione testamentaria, perchè la loro testimonianza, pel ligame che li stringe, sarebbe sospetta, art. 771, 772, 773. Possono però esser testimoni nel medesimo atto padre e figli, più fratelli ecc.

(1) Nella seguente nota parleremo delle forme esterne de'testamenti militar, per Codice Civile — Qui dobbiamo avvertire che il testamento militare è permesso a quei soli quali si trovano in militare spedizione per causa di guerrai così in paese estero come nell' interno del regno o acquartierati o di presidio fuori del regno, o prigionieri presso il nemico, o in una piazza o fortezza circondata dal nemico o in altri luoghi dove sieno interrotte le comunicazioni, art. 802.

Digitized by Google

volere sulla polvere o sulla terra — *Si quid in vagina*, rescrisse l'imperatore Costantino, *aut clypeo literis sanguinis sui rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio suo, ipso tempore quo in praelio vitae sortem derelinquunt, hujusmodi voluntatem stabilem esse oportet.* Dovea per altro sempre esser certo che lo scritto, in qualunque modo fatto, fosse stata opera del testatore L. 15 Cod. *de testamento militis* 6. 21 (1).

Due perciò erano i requisiti essenziali per la validità del testamento militare, cioè — 1 che constasse della volontà di lui — 2 che avesse testato nel corso della spedizione o negli accampamenti di guerra— La ragione del primo requisito è, che il testamento riposa sulla volontà del testatore — La ragione del secondo è che la dispensa dalle forme esterne derivava dal pericolo che egli correva in guerra (2).

Codesta ragione di pericolo menava alla conseguenza che avevano diritto alla dispensa dalle forme esterne que'militari, i quali, sebbene non si fossero trovati in corso di spedizione di guerra o negli accampamenti di guerra, erano stati circondati dal nemico (*in hostico deprehensi*); ed anche quelli, che, sebbene non fossero militari, si trovavano esposti agli identici pericoli cui erano esposti i militari, come i Chirurgi ecc. (*iisdemque exspositi periculis*) La ragione medesima della Legge dovea menare alle medesime disposizioni (3).

Per altro il testamento militare diveniva inefficace un anno dopo che il Militare avea ottenuto regolare congedo: *intra annum quam missus est.* Se poi fosse stato congedato per causa disonorevole, il testamento diveniva invalido immediatamente (4).

(1) Per Codice Civile il testamento militare dev' essere sempre in iscritto dapoichè la necessità della scrittura è dal Codice mantenuta costantemente ferma — Il militare può fare testamento olografo, ed allora rientra nelle regole generali dell'olografo, art. 775, e potrebbe in tal caso scrivere , ad esempio , anche col suo sangue sulla guaina della sua spada — Ma ciò non à che fare per Codice Civile con le forme speciali — Queste pe' militari si riducono a permettere che il testamento si riceva in iscritto da un Maggiore o da altro Uffiziale di grado superiore, o da un Intendente militare o Commissario di guerra in presenza di due testimoni — Se si tratti di Corpi staccati , il testamento può essere ricevuto da chi ne à il comando — Se il militare è ammalato o ferito, il testamento può riceversi dall' uffiziale sanitario. Si dettano pur delle norme pel deposito di tali testamenti, art. 799, 800 801.

(2) Codesti due principii e codeste ragioni sono uniformi per Codice Civile art. 759, 799 802.

(3) Teoria uniforme per Codice Civile — Come dinanzi si è cennato , ànno diritto di far testamento militare non solo quelli che si trovano in militare spedizione per causa di guerra, ma anche quelli che sono acquartierati o di presidio fuori del regno, e in una piazza o fortezza circondata dal nemico, o in altri luoghi dove sieno interrotte le comunicazioni art. 802 — La forma speciale designata non è poi de' soli militari , ma anche delle persone impiegate presso l' esercito, art. 799.

Digitized by Google

§ 566. Tutto quanto si è detto pe'testamenti militari era applicabile a tutti gl'individui delle armate navali, senza escludere alcuno che fosse al servizio delle navi. La ragione che ne dà il Giureconsulto è doppia — La prima è che tutti sono considerati come militari sebbene taluni debbano soltanto battere i remi, ed altri attendere solamente al governo della nave — La seconda è che tutti corrono uno stesso pericolo, e perciò tutti debbono godere di un medesimo diritto. Perlochè si vede che godevano di quel privilegio i componenti delle armate navali, e non tutti quelli che viaggiassero in mare, e di più l'armata navale godeva del privilegio medesimo soltanto allora che si fosse trovata in spedizione di guerra (1).

Oltre a'testamenti militari, si noverano per diritto Romano altre quattro specie di testamenti speciali, ne' quali cioè sono rimesse alcune formalità esterne — E sono.

1. I testamenti fatti in tempo di peste, ne'quali non si richiede la unità di contesto, di cui abbiamo discorso nelle forme de' testamenti ordinarii. La ragione è che in tale triste tempo è difficile sperare che sette testimoni riuniscansi insieme attorno all'infermo essendovi pericolo di contagio il quale tanto più è facile, quanto è maggiore il numero delle persone raccolte in un luogo dove sta un appestato (2).

(4) Per Cod. Civ. il termine per la inefficacia è di tre mesi, e decorre dal giorno del ritorno del militare testatore in un luogo ove possa far testamento nelle forme ordinarie, art. 803 — Si è fatta dipendere la inefficacia più direttamente dal principio di ragione del testamento militare, cioè dal pericolo che si corre in guerra.

(1) Il Codice Civile à veduto sempre un pericolo nell' elemento infido delle acque, onde à stabilita una forma speciale di testare per tutti coloro che fanno un viaggio di mare, e in codesta generica dizione rientrano i Componenti delle armate navali — Ha mantenuto sempre ferma la regola che il testamento debba essere in iscritto, e perciò deve riceversi dai Capi del bastimento, e se sono i Capi quelli che vogliono testare, il testamento deve riceversi da quelli che succedono in ordine di servizio — Si richiede l' intervento di due testimoni — Si prescrivono norme per la custodia e consegna del testamento — E si dichiara che questo à effetto fino a tre mesi dopo che il testatore sarà disceso in luogo in cui potrebbe far testamento nelle forme ordinarie, art. 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798.

(2) Il Cod. Civ. ammette una forma particolare di testare ne' luoghi in cui domini peste od altra malattia contagiosa, ed è più largo del diritto Romano nella dispensa dalle forme, mantenendo però sempre la regola che il testamento debba essere in iscritto — Per lo che dispone che può essere ricevuto da un notaio, dal Giudice, dal Sindaco, o dal Ministro del Culto in presenza di due testimoni maggiori di sedici anni — Tale testamento sarà nullo sei mesi dopo cessato il pericolo, cioè sei mesi dopo che abbia cessato di dominare la malattia nel luogo in cui trovasi il testatore, ovvero sei mesi dopo che questi siesi trasferito in luogo immune dalla malattia, art. 789 790.

Digitized by Google

2. I testamenti fatti da genitori tra i soli figliuoli, ne'quali testamenti bastano due soli testimoni se sono nuncupativi cioè fatti a voce, e se poi sono in iscritto basta che siano olografi, cioè tutti di pugno del testatore, o almeno questi abbia sottoscritto e designato di sua mano il giorno, il mese, e l'anno, e la quota che lascia a ciascun figlio. La ragione sta nella facilitazione all'autorità paterna, che il Diritto Romano tanto rispettava (1).

3. I testamenti fatti in campagna, ne'quali bastano cinque testimoni, anche quando tutti non sappiano scrivere, purchè però alcuni firmino per gli altri. La ragione sta nella difficoltà di trovare in campagna persone ehe sappiano scrivere (2).

4. I testamenti a vantaggio degli eredi che succederebbero *ab intestato*, anche quando avessero avuto cinque testimoni e non sette, annullavano altro testamento precedente fatto a vantaggio di estranei. La ragione sta nel favore che si deve agli eredi del sangue, dal momento che la volontà del defunto era sicura, sebbene con numero minore di testimoni (3). Alcuni interpetri ànno allogato tra i testamenti speciali, quelli insinuati negli atti, e gli altri offerti al Principe, ma noi ne abbiamo parlato tra le forme de'testamenti ordinarii, perchè in realtà tali erano, e se venivano dispensati da testimoni ed altre solennità ciò accadeva perchè chi ricevea il testamento imprimeva all'atto tutta la fede pubblica che deriva dall'Autorità Reale, Giudiziaria, o Amministrativa.

SOLENNITA' INTERNE.

§ 567. Dopo essersi vedute quali sono le solennità esterne, dobbiamo discorrere di quelle interne.

Che le solennità interne si riducano alla volontà del testatore, moderata e limitata dalla volontà della legge, non fa d'uopo ripeterlo. Lo abbiamo già detto innanzi, spiegandone con una certa ampiezza il concetto al § 552 e seguenti.

Se non che un tale argomento è vasto e molto importante, e bisogna fissarne bene i punti.

Innanzi tutto è da esaminare se l'uomo abbia sempre il diritto di esprimere e far valere la sua volontà per mezzo del testamento, e, ne'casi in cui lo à, se debba sempre la sua volontà avere effetto relativamente alla persona del beneficato. Sono esse le limitazioni or-

(1) La forma olografa di testare è per Codice civile ritenuta indistintamente per tutti come forma di testamento ordinario, art 774 775 — Non vi è alcuna forma speciale pe' genitori che testassero a vantaggio de' figli.

(2) Non à riscontro nel Codice civile.

(3) Non à riscontro nel Codice civile.

Digitized by Google

dinarie imposte dalla legge alla volontà del testatore. Onde sorgono le due teorie intorno al'a *capacità di testare* ed alla *capacità di ricevere per testamento.*

Dovrà poi vedersi quali sono le limitazioni imposte specialmente a quelli che ànno obblighi di natura più sentiti e rigorosi. Potrà un padre dimenticarsi del figlio, e viceversa il figlio del padre, quando essi dispongono delle loro sostanze, o dovranno almeno pronunziare una diseredazione? Ed avranno essi a vicenda qualche diritto quando con le disposizioni fatte non sono stati equamente considerati? Ecco altri due istituti intorno alla *diseredazione* ed alla *legittima.*

Ma quali sono le modalità per riguardo alla espressione stessa della volontà del defunto, affinchè possa realmente aversi un testamento? Vi risponde la teoria relativa alla *istituzione dell'erede.* E potranno esservi più istituzioni nel caso che le prime facciano difetto? Di qui si ha la teoria delle *sostituzioni.*

E in che consistono i privilegii de'militari per riguardo a tali solennità interne così rigorosamente imposte a'pagani? Ecco un altro punto sulle *solennità interne privilegiate de'militari.*

Sono pertanto sette gl'istituti giuridici, nei quali resta pienamente svolta la volontà del defunto, moderata dalla legge; cioè le solennità interne menano allo svolgimento di sette istituti, i quali sono:

1. Capacità di far testamento.
2. Capacità di succedere per testamento.
3. Diseredazione.
4. Legittima.
5. Istituzione di erede.
6. Sostituzione.
7. Solennità interne privilegiate de'militari.

Di tutti tali istituti parleremo nei seguenti paragrafi.

Capacità di far testamento

(*factio testamenti activa*)

§ 568. Il principio generale per riguardo alla capacità di testare è—*Testamentum condere possunt omnes qui non prohibentur*—cioè possono far testamento tutti coloro che non incontrano per legge una incapacità.

Codesto principio si riattacca al diritto su cui si basa la facoltà di testare. Se questa facoltà fosse concessa dalla legge, e si poggiasse sul solo diritto civile, o politico come voglia dirsi, allora il principio sarebbe, che possono testare que' soli a' quali la legge lo permette. Ma dal momento che il sistema intero successorio pro-

Digitized by Google

emana dal diritto naturale e dal civile insieme, e che più propria mente tale sistema si poggia sul diritto naturale, moderato, limitato, e in certo modo governato dal diritto civile, sorge la regola di presunzione a favore della capacità, la quale presunzione vien meno per una prova dedotta dal testo della legge (1). Ne abbiamo fatto ampia dimostrazione ai § 552 e seguenti.

Per la capacità di far testamento si richiede la capacità di diritto, e la capacità di fatto (2).

Capacità di diritto

§ 569. La capacità di diritto si rannoda, come la capacità giuridica in generale, al triplice stato de' Romani, di libertà, di cittadinanza e di famiglia.

Onde tale capacità era negata 1. A' servi perchè non aveano lo stato di libertà, ma era permesso al servo pubblico di testare della metà del suo peculio.

2. Agli stranieri perchè non avevano lo stato di cittadinanza.

3. A' figli di famiglia perchè non avevano lo stato di famiglia.

4. Nè anche avevano la capacità di diritto gl'*intestabiles*, cioè quelli a' quali la legge toglieva a titolo di pena la facoltà di testare.

Conviene dilucidar bene tali idee.

1. Non solo i servi non potevano far testamento, ma nè anche i prigionieri di guerra, perchè questi per Diritto Romano divenivano servi — Ma se essi avessero fatto testamento in patria prima della prigionia, e fossero morti presso il nemico, il testamento valeva per forza della legge Cornelia, la quale li riputava morti nel momento in cui erano stati presi: se poi fossero tornati in patria, il testamento fatto prima della prigionia valeva per diritto di postliminio, per lo quale v'era piena riabilitazione. Restava perciò che non aveva valore il testamento fatto dal prigioniero di guerra durante la prigionia, e ciò per forza della regola Catoniana la quale avea per principio — *Quod ab initio nullum est, tractu temporis convalescere non potest.* Fr. 8 e 12, *qui testamenta facere possunt* 28, 1. *Fr.* 16 e 18, *de captivis et postliminio* 49, 15. Fr. 1, *de regula Catoniana* 34. 7, § ult. Inst. *quibus non est permissum facere testamentum* 2. 12. E qui si avverta che, sebbene Papiniano dica nel Fr. 3 *de regula Catoniana* 34, 7. « *Catoniana regula non pertinet ad hereditates* » pure il

(1) Principio uniforme per Codice civile art. 762.

(2) Il Codice Civile richiede la sola capacità di fatto, e non la capacità di diritto, come si vede dalle seguenti note. Tutti oggi hanno la capacità di diritto di far testamento.

Digitized by Google

principio era somigliante, benchè provvenisse da altra fonte alla quale la regola Catoniana diede compimento, non ostante che ne fosse distinta. Onde Giavoleno dettò la regola che abbraccia tanto le istituzioni di erede, quanto i legati — *omnia quae ex testamento proficiscuntur, ita statim eventus capiunt si initium quoque sine vitio ceperint* Fr. 201, *de regulis juris* 50, 17; (Veggasi Ortolan, *Istituzioni* al § 3. Tit. *de legatis*). Si avverta inoltre che la regola Catoniana, o il principio che la informa, non si applica nè alle istituzioni di erede, nè a' legati fatti sotto condizione. La idea verrà bene dilucidata nella materia de' legati, e precisamente al punto de' legati di cosa altrui.

2. Agli stranieri erano eguagliati i deportati, e quelli a' quali si infliggeva la interdizione dell'acqua e del fuoco, perchè essi perdevano la cittadinanza Romana.

3. I figli di famiglia poi non potevano far testamento, vale a dire, potevano far testamento le sole persone *sui juris*, non quelle *alieni juris*. Intorno a ciò disponeva chiaramente la legge delle 12 tavole— *pater familias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.* E la disposizione si osservava con tal rigore, che, se mai il figlio di famiglia avesse testato, e fosse poi morto *sui juris* senza variare il testamento, questo era nullo pel principio della regola Catoniana— *Quod ab initio nullum est, tractu temporis convalescere non potest.* E se chi era *sui juris* avesse testato, e si fosse dato poi in arrogazione, il testamento era nullo perchè con l'arrogazione egli diveniva figlio dell' adottante, e la cosa ricadeva *in eum casum a quo incipere non poterat.*

Si eccettuava però il peculio castrense e quasi castrense, per lo quale il figlio di famiglia si aveva come uomo *sui juris*, per incoraggiare i cittadini alla milizia e alle arti liberali. In che consista tale peculio si è detto al § 198.

Finalmente erano incapaci di diritto, a titolo di pena (*intestabiles*).

1. I rei di stato

2. Gli apostati e gli eretici.

3. Quelli che avessero contratto nozze incestuose, purchè non avessero istituito i loro figli legittimi

4. I condannati per libello famoso

5. I condannati a pena capitale, ovvero *ad ferrum*, *aut in metallum*.

La capacità di diritto nel testatore si richiedeva in due momenti, cioè nel tempo in cui faceva il testamento, e nel tempo in cui moriva, perchè il testamento diveniva irrevocabile con la morte.

Se poi il testatore avesse avuto la capacità di diritto al tempo in cui aveva fatto iltestamento e al tempo in cui era morto, ma non avesse

Digitized by Google

avuto tale capacità nell'intermezzo di tali due tempi, il testamento non tornava ad essere valido per diritto rigoroso Romano, ma il Pretore soccorreva all'erede scritto col possesso dei beni *secundum tabulas*. Codesto è uno dei soliti equi provvedimenti del Pretore che tanta influenza esercitò nel sistema successorio (1).

Capacità di fatto.

§ 570. La capacità di fatto consiste nella capacità naturale di dichiarare la propria volontà.

Se il testamento è un'atto di volontà (*voluntatis sententia*), ne segue che tutti coloro che hanno difetto nella facoltà volitiva e intelligente non possono testare.

Onde ne sono incapaci.

1. I furiosi e i mentecatti, i quali non intendono ciò che vogliono. Possono però testare nei momenti di lucido intervallo, purchè il furore non si nasconda sotto specie di una quiete adombrata; che se sorga dubbio sulla sanità della mente del testatore, è quistione che va rimessa al prudente arbitrio del giudice, il quale dovrà specialmente portare riguardo all'atto stesso testamentario (2).

(1) Si è già avvertito che il Codice civile non richiede la capacità di diritto, perchè sono variate le basi sopra cui tale capacità poggiava in Diritto Romano — Bisogna svilupparne per poco la idea.

Lo stato di libertà è oggi comune a tutti, tutti godono dei diritti civili e non vi sono più servi, art. 1 e 3 Cod. civ. I prigionieri di guerra non sono più ritenuti come servi e possono far testamento, Art. 802—Il progresso della civiltà ha fatto assolutamente bandire la schiavitù.

I diritti civili, tra cui entra il diritto di far testamento, son comuni anche agli stranieri, art. 8 e 9 disposizioni preliminari del Codice civile, ed art. 3 Cod. civ. — Nè si diviene mai straniero per qualunque condanna penale—La fratellanza che per la civiltà odierna stringe le nazioni fra loro, à fatto per nostro Codice togliere per i diritti civili (meno per quelli relativi allo stato e alla capacità personale, art. 6 disposizioni preliminari del Codice civile) ogni differenza tra nazionali e stranieri.

L'odierno stato di famiglia non mena alla conseguenza che i figli non possono far testamento, perché la patria potestà oggi riposa sopra basi diverse dal Diritto Romano. Finalmente non vi è condanna penale, per quanto sia grave, che abbia di conseguenza che il condannato non possa far testamento. Art. 3 delle disposizioni transitorie del Cod. civ. Si è voluto lasciare a' condannati all'estremo supplizio la libertà di disporre dei beni dopo la loro morte.

(2) Il Codice civile dichiara assolutamente incapace chi è stato interdetto per infermità di mente, perchè il giudizio del Magistrato che pronunzia la interdizione è prova legale dell'insania del testatore. Art. 763 N. 2 1350, N. 3. Quanto poi agl'insani di mente non interdetti, siano o non siano inabilitati, il Codice richiede la prova dell'insania nel tempo in cui fecero testamento art. 763, N. 3.

Digitized by Google

Per altro è da avvertire che la sanità della mente nel testatore deve riscontrarsi soltanto al tempo in cui fa il testamento, dapoichè se un uomo lo abbia fatto quando era sano, e divenga insano di poi, il testamento è valido ; e se lo abbia fatto quando era insano, e poi divenga sano è nullo (1). La ragione del primo caso è che la insania è uno stato di morte nel mondo dell' intelligenza, e d'altronde riducendosi il testamento ad un atto di volontà, questo si era avuto perfetto prima che il testatore fosse stato colpito da quella grave sciagura. La ragione nel secondo caso sta nel principio di diritto che la cosa ricade in un punto da cui non potea cominciare, *res incidit in eum casum a quo incipere non poterat*, perciocchè il testamento sarebbe nato con un vizio congenito, e *quod ab initio nullum est*, *tractu temporis convalescere non potest* (2).

Gl'impuberi non potevano testare *ob defectum consilii*, cioè non potevano testare i maschi che non avessero compiuto i quattordici anni, e le femine che non avessero compiuto i dodici. A quell' età il minore usciva di pupillo, e non sottostava che a un curatore, e poteva far testamento anche senza l'intervento di lui. Si considerava come rimedio contro gli abusi di tal concessione il diritto di rivocare più tardi il testamento fatto in età così verde (3).

3. I prodighi, ai quali era stata interdetta l' amministrazione dei beni, perchè essi sono equiparati ai pazzi per riguardo allo sperpero delle proprie sostanze, *quia furiosum exitum faciunt fortunarum suarum* (4).

4. I sordomuti perchè i vizii di corpo ordinariamente van congiunti con la debolezza dell'animo. Di essi, e di quelli soltanto muti o soltanto sordi, come pure dei ciechi, abbiam tenuto parola nella solennità esterne de'testamenti.

5. Le donne, non solo per la solita ragione della debolezza del sesso, ma anche perchè non potevano intervenire nei comizii presso i quali nei primi tempi i testamenti si facevano. Ma di poi fu loro

---

(1) Anche il Codice civile ritiene che la sanità della mente si richiede soltanto nel tempo in cui fu fatto il testamento, e che la insania posteriore non nuoce, siccome non giova la posteriore sanità. Art. 763 capov.

(2) Tali ragioni sono comuni al Codice civile art. 763.

(3) Teoria uniforme, ma il Codice fissa l'età di anni 18, perchè a tale età è stabilita la capacità dell'emancipazione e del matrimonio, e d'altronde non prima di tale età generalmente si ha una sufficiente maturità di consiglio. Art. 763 N. 1.

(4) La incapacità pel prodigo non è riconosciuta per Codice civile, perchè il prodigo stesso ha un sano consiglio pel tempo posteriore alla morte—Egli d'ordinario sciupa per divertirsi.

Digitized by Google

data facoltà di far testamento, mediante l'autorità del tutore, essendo le donne per diritto Romano in perpetua tutela (1).

Come si è innanzi avvertito pei furiosi e mentecatti, in generale la capacità di fatto non si richiedeva in due tempi, come la capacità di diritto, ma in un tempo solo, cioè in quello in cui si faceva il testamento (2).

Capacità di succedere per testamento

(*factio testamenti passiva*)

Decadenza dell'erede per indegnità

(*erepticium*)

§ 571. La incapacità a succedere per testamento è intimamente connessa con la decadenza dell'erede per indegnità, dal momento che per forza di tali due cause i beni non vanno all'erede designato.

Sono bensi differenti la incapacità e la indegnità, ma per l'intimo nesso che le stringe fa d'uopo discorrerne in un medesimo istituto.

È incapace chi non à le qualità richieste dalla legge per succedere.

È indegno chi à tali qualità, ma per fatti riprovevoli da lui commessi specialmente verso il defunto, la legge trova giusto privarlo della eredità.

Parleremo prima della capacità, e poi della decadenza per indegnità, dopo di che esporremo alcune regole comuni all'una ed all'altra.

Capacità.

§ 572. La prima regola che ci si presenta trattando della incapacità è che tutti son capaci a ricevere per testamento, meno quelli tassativamente dichiarati incapaci dalla legge. La ragione è che la successione, sia testata sia intestata, riposa sulla base eterna del diritto naturale contemperato dal diritto civile — Se la successione si basasse sul solo diritto civile, la regola dovrebb'essere invece che son capaci que'soli dichiarati tali dalla legge, ma riconoscendosi invece il principio di diritto naturale e civile insieme come motore

(1) Neanche questa incapacità è ritenuta, perchè per Diritto Romano la debolezza del sesso era un pretesto per mantenere i beni in famiglia, non vi è più ragione a parlar di comizii pei testamenti, e le donne non sono più sotto tutela.

(2) Teoria uniforme — Arg. art. 763.

Digitized by Google

supremo del sistema successorio, segue che tanto la capacità di far testamento, quanto la capacità di ricevere per esso, costituiscono la regola, e la incapacità costituisce la eccezione, o meglio la capacità costituisce la presunzione generale, la quale manca per una prova che sorge dal testo della legge. (1) Sopra di ciò abbiam discorso a lungo nella introduzione di questa teoria, e nella capacità di testare.

La seconda regola è che sono incapaci di succedere quelli che non godono i diritti civili, rientrando tra i diritti guarentiti dalla legge civile la capacità di ricevere per testamento (2).

Diciamo che sono incapaci di succedere quelli che non godono i diritti civili per esprimerci in modo più chiaro e rispondente al tecnicismo moderno, perciocchè, secondo il linguaggio tecnico romano. erano incapaci quelli che non godevano la *factio testamenti passiva*, era un diritto di ordine civile. V. § 88.

Or i diritti civili van goduti dalle persone fisiche e dalle persone giuridiche, onde dobbiamo tener parola della capacità delle une e delle altre. Vi sono poi alcuni che soltanto in modo relativo e per determinati rapporti sono incapaci totalmente o parzialmente di succedere per testamento, benchè abbiano la pienezza de'diritti civili, e di essi discorreremo dopo la capacità delle persone giuridiche.

Capacità delle persone fisiche.

§ 573. Non potendo esser capace di succedere chi non gode i diritti civili, segue:

1. Che sono incapaci i non concepiti, non potendo esser soggetto di diritto chi non esiste sotto alcuna forma. La capacità di diritto suppone di necessità l'esistenza di una persona. Siccome del pari sono incapaci coloro che, quantunque concepiti, non nascono vivi e in forma umana, perchè la capacità del concepito di essere soggetto di diritti è sempre subordinata alla condizione ch'egli nasca a tal modo, altrimenti non si avrebbe la persona fisicamente esistente. Veggasi § 79 (3).

(1) Teoria uniforme art. 723 762 764.

(2) Teoria uniforme art. 724 ed arg. 1, 2, 3, 433, Cod. Civ. Art. 3 Dispos. trans. del Cod. Civ.

(3) Teoria uniforme per Codice civile, il quale richiede pure che si nasca vitale, art. 724, N. 1 e 2, e 764 — Il Codice civile aggiunge due altre disposizioni — La prima è che nel dubbio si presumono vitali quelli di cui consta che sono nati vivi art. 724 capov. È questa una presunzione che fa la legge all'appoggio del fatto ordinario che chi nasce vivo è pure vitale — La seconda è che

Digitized by Google

2. Che sono incapaci gli stranieri, e i condannati a pena capitale per la ragione che essi non godevano i diritti civili (1).

3. Che sono capaci i servi, perciocchè o si tratta di servo dello stesso testatore e in tal caso s'intende data à lui anche la libertà e perciò, venendo a godere de'diritti civili, poteva succedere; o si tratta di servo altrui, e in tal caso il servo resta tale ed acquista la eredità pel padrone quante volte questi gli ordini di adirla (2).

Capacità delle persone giuridiche.

§ 574. Come si è veduto ne'§ 114 e seguenti, le persone giuridiche esistono per sola creazione della legge, e si riducono ad un subietto di diritti patrimoniali creato artificialmente dal Legislatore pel miglior bene della società.

Le persone giuridiche vanno divise in quattro classi:

1. *Universitas*, detta altrimenti *collegium*, o anche *corpus* cioè corporazione o associazione di più persone fisiche, riconosciute come ente morale da Legge generale o speciale, ad esempio *Municipia*, *societas publicanorum* ecc.

2. *Piae causae*, fondazioni dirette ad uno scopo di pietà e di soccorso, le quali vanno distinte in quattro ordini, secondochè si tratti 1 della Chiesa, 2 dei poveri, 3 della scuola, 4 della dote.

3. *Fiscus*, cioè l'intero patrimonio dello Stato, quasi per contrapposto allo Stato medesimo come ente politico, poichè in realtà la persona giuridica è il governo di una Nazione, quale subbietto di rapporti giuridici patrimoniali.

4. *Hereditas jacens*, l'eredità lasciata dal defunto fino a che non sia adita.

Or le persone giuridiche potevano essere istituite eredi, in quanto avessero avuto legale esistenza per legge generale o speciale. Per legge l'avevano i *Municipia* tra le corporazioni comprese nella pa-

---

possono ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non sieno ancora concepiti, art. 764 capoverso: tale eccezione, che a primo aspetto sembra strana perchè si oppone direttamente a' principii dallo stesso Codice ritenuti negli art. 724 N. 1 e 764, è giustificata da che il Codice vieta ogni sostituzione fedecommissaria anche di primo grado art. 899 e 900. Si è voluto perciò in certo modo compensare per questa via ciò che si era perduto nell'altra.

(1) Oggi la regola è contraria, e gli stranieri e i condannati a pena capitale possono succedere, perchè essi godono i diritti civili, sebbene i condannati li abbiano alquanto limitati per la interdizione legale, art. 3 Cod. civ. art. 3 Dispos. trans. del Cod. civ.

(2) Questa teoria non à riscontro per Codice civile, non riconoscendosi la schiavitù.

Digitized by Google

rola *universitas*, tutte le *piae causae*, e il *fiscus*— È disputato se la *hereditas jacens* avesse la capacità di succedere.

Le altre corporazioni che per legge o per concessione non avevano esistenza giuridica, erano incapaci a raccogliere un'eredità, e venivano chiamate *collegia* o *corpora illicita* (1).

Qui si avverta che, mentre per le persone fisiche v'è una persunzione generale di capacità, la quale presunzione manca con la prova contraria che sorge dal testo della legge, siccome abbiamo detto innazi al § 572, per contrario le persone giuridiche hanno una pre sunzione generale d'incapacità, e la capacità, deve essre determinata dalla legge (2). La ragione della differenza è doppia. La prima è che le persone fisiche sono realmente esistenti per natura, mentre le persone giuridiche esistono per sola finzione della legge, sicchè alla legge che le crea deve ricorrersi per regolare la estensione dei loro diritti — La seconda è che le persone fisiche nascono coi loro diritti, e non possono pei bisogni che le accompagnano apportare inciampo al regolare ed ordinario movimento economico dei beni; mentre per essere giuridica la persona non deve l'ente da crearsi contrastare, ma deve invece armonizzare col regolare anda mento sociale, nè dev'essere causa di ristagno e di cumulo sproporzionato di beni presso alcun ente, perchè si arrecherebbe danno all'economia nazionale per la preponderanza dell'interesse dei corpi morali su quello delle famiglie.

Capacità relativa totale o parziale.

§ 575. Per ragioni dettate da pubblico interesse, che noi verremo esponendo, sono relativamente incapaci di ricevere per testamento, o pure ne sono capaci soltanto parzialmente le seguenti persone.

1. Non può ricevere per testamento come erede, ma può ricevere

(1) Il Codice civile riconoscè le prime tre classi di persone giuridiche sotto il nome di *Corpi morali*, *istituti civili*, *istituti ecclesiastici*, art. 2 e 980. Veggansi i § 114 e seguenti. Per lo stesso Codice possono pure le pie fondazioni delinearsi ne' quattro ordini designati.

Tra i corpi morali il Codice ricorda i Comuni, le Provincie, gl'istituti pubblici civili od ecclesiastici, art. 2. Or in quanto agl'Istituti ecclesiastici è da avvertire che non possono mai succedere i benefizii semplici, le cappellanie laicali, ed altre simili fondazioni, essendo nulle le disposizioni ordinate al fine d'istituirle o dotarle. Art. 833.

Relativamente poi alle condizioni necessarie perchè i corpi morali possano succedere, il Codice ne richiede due, cioè — 1. la legale esistenza per autorizzazione del Governo. — 2. L'autorizzazione ad accettare la liberalità— Art. 2, 433, 932, 1060.

(2) Teoria uniforme. Art. 2, 932 e 433.

Digitized by Google

soltanto come legatario, chi è stato testimone nel testamento, ovvero chi à avuto nel testamento per testimone uno de' componenti la sua famiglia.

La ragione per la quale non può succedere come erede, chi è stato testimone nel testamento è per la massima che niuno può far da testimone a se stesso — *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur.*

La ragione per la quale non può succedere come erede chi à avuto nel testamento per testimone uno de'componenti la sua famiglia, è che la testimonianza degli stretti parenti e de'dipendenti è sempre sospetta — *Filius in causa patris, pater in causa filii, aliique potestati vel imperio alterius subjecti, vel domestici, merito repellantur.* Fr. 6. 9. e 24 *de testibus* 22. 5. L. 3 e 6. Cod. *de testibus* 4. 20. D'altronde i figli e i nepoti ch'erano sotto la potestà del padre di famiglia si consideravano come cose rispetto a lui, ed erano dalla Legge riguardati come una sola persona con lui, onde la massima — *pater et filius pro una persona habentur*,—e perciò si tornava pei figli ad applicar la massima che niuno può far da testimone a se stesso.

La ragione per la quale potevano far da testimoni i legatarii, era che questi non rivestono la qualità di successori nell' *universum jus defuncti* ma delibano soltanto qualche cosa nella eredità, onde sebbene pel legato facessero da testimoni a se stessi, pure la loro testimonianza era valida certamente per la parte sostanziale del testamento, cioè per la istituzione di erede, alla quale si portava principale riguardo.

Che se fosse intervenuto come testimone quegli che era istituito erede, o qualche componente della sua famiglia, il testamento era interamente nullo, e come difettoso nelle forme esterne era chiamato *ingiusto*, secondochè vedremo parlando de'modi co'quali s'invalidano i testamenti — La ragione stava nella importanza che il Diritto Romano dava alla istituzione di erede, senza di cui non potea esister testamento — *Tabulae testamenti non intelliguntur quibus heres scriptus non est*—e nella massima—*nemo potest pro parte testatus, prò parte intestatus decedere*, dapoichè se mai venisse annullata la sola istituzione di erede, e restassero in vigore le altre disposizioni testamentarie, si avrebbe d'ordinario la successione testata e intestata insieme (1).

(1) De'cinque principii ora mentovati, il Codice à ritenuto pienamente il primo che niuno può far da testimone a se stesso art. 771, a'ritenuto limitatamente il secondo cioé che la testimonianza degli stretti parenti e de'dipendenti è sospetta art. 773, ed a'rigettato gli altri tre della necessità della istituzione di erede per la validità del testamento art. 759 e 760, di non potere alcuno morire in parte testato e in parte intestato art. 759 e 760, e di essere padre e figlio giuridicamente considerati per una sola persona art. 220.

Digitized by Google

2. Non può ricevere per testamento colui che lo avesse scritto, purchè il testatore non avesse con la sua sottoscrizione dichiarato di aver egli ordinato a quello di scrivere la disposizione in di lui favore. Anzi il Senato Consulto Liboniano stabiliva in tal caso la pena del falso, se non vi fosse stata la conferma del testatore. La ragione è che si presumeva dalla Legge, in mancanza di conferma, che la disposizione si fosse scritta nel testamento contro la volontà del testatore (1).

3. Il figlio adulterino o incestuoso non à alcun diritto su'beni de'genitori, e neppure à diritto agli alimenti. L'equità del diritto Canonico suggerì l'obbligo di alimentarli (2). Ma non poteva nè anche per equità andarsi oltre gli alimenti, per non favorire l'incesto e l'adulterio. La pena poi è rivolta ai genitori, pe'quali è grande sofferenza il non poter testare in pro del figlio adulterino o incestuoso.

4. Il figlio naturale, cioè quello nato dalla concubina, se vi sono

---

Mancati tre de'cinque principii che animavano le disposizioni relative alla incapacità de'testimoni, il sistema dovea riuscir differente, e più spiccata dovea èsser la differenza, per avere oggi ne'testamenti tanta parte il Notaro, il quale alla fine non è che il testimone principale.

Per lo che il Codice dichiara inefficaci le istituzioni e i legati a favore di uno de'testimoni, ovvero del notaio, o di altro uffiziale militare marittimo o consolare che à ricevuto il testamento pubblico art. 771.

Si dichiara la inefficacia delle sole istituzioni e de'soli legati a favore di quel testimone intervenuto o dell'ufficiale che à ricevuto il testamento, e si mantengono ferme le altre disposizioni che questo contiene, perchè oggi si può morire in parte testato e in parte intestato, e perchè può ben reggere un testamento che non contenga istituzione di erede art. 759 e 760.

Oggi poi la regola è identica sia per le istituzioni di erede che pe'legati, perchè il testamento è valido anche quando contenga soli legati senza istituzione di erede, art. 759 e 760.

Ma sebbene il padre e il figlio non siano più considerati come una sola persona, art. 220, pure è sempre sospetta la testimonianza de'più stretti congiunti, onde sono inefficaci le istituzioni e i legati fatti in favore del padre, della madre, del discendente, o del coniuge del testimone adoperato nel testamento art. 771 773.

La inefficacia della istituzione o del legato a favore del testimone, e congiunti prossimi di lui, si è estesa anche al Notaro e agli altri Ufficiali che possono ricevere un testamento, perchè essi imprimono all'atto la fede pubblica e perciò sono i testimoni principali, art. 771 e 1315.

(1) Per Codice Civile è stabilito che sono prive di effetto le istituzioni e i legati a favore della persona che à scritto il testamento segreto, salvo che la disposizione sia approvata di mano dello stesso testatore e nell'atto della consegna. Art. 772 — Il Codice con tale articolo non muove dalla presunzione di Diritto Romane, e molto meno applica la pena del falso, ma tende ad evitare le frodi.

(2) Il Codice Civile à seguito il Diritto Canonico art. 767.

Digitized by Google

figli legittimi, può succedere per testamento alla dodicesima parte della eredità unitamente alla madre — Se non vi sono figli legittimi, ma vi sono ascendenti del testatore; il figlio naturale può ricevere per testamento tutti i beni lasciati dal defunto, purchè sia salva la porzione legittima agli ascendenti—Se poi non vi sono nè figli legittimi, nè ascendenti del testatore, si può prendere l'intero (1).

La ragione è che deve farsi differenza tra il diritto de'figli naturali, e il diritto de'figli legittimi, altrimenti sarebbe distrutta la riverenza dovuta al matrimonio legittimo — È importante che la santità sociale del matrimonio legittimo sia dalla Legge consacrata.

5. Il coniuge che passi a seconde nozze non può lasciare al secondo coniuge più di quanto lascia al meno favorito tra i figli del primo matrimonio (2).

La ragione consiste nell'impedire qualsiasi violenza e seduzione che possa tornare a danno de'figli del primo matrimonio.

§ 576. Vedutisi quali sono i casi d'incapacità sia assoluta che relativa, fa d'uopo ricordare una regola comune a tutti tali casi, ed è che pronunziata dalla legge la incapacità, questa deve mantenersi ferma dandosi il mezzo di smascherare e distruggere ogni frode con la quale si volesse evitare quella sanzione.

Alcune volte la incapacità risulta chiara dal testamento, ed allora la cosa è facile, perchè viene senz'altro a pronunziarsi. Così, se siasi istituito erede uno de'testimoni, è certo che la istituzione è nulla: se siesi lasciato più di quanto può darsi al figlio naturale e al nuovo coniuge, è certo che il lascito può ridursi.

Ma le difficoltà sorgono quando vi è stata frode per nascondere,

(1) Per Codice Civile il figlio naturale riconosciuto o dichiarato se concorre con figli legittimi o loro discendenti può soltanto ricevere per testamento la metà della quota che gli sarebbe spettata se fosse figlio legittimo: la quota può da'figli legittimi o loro discendenti esser pagata al figlio naturale o in danaro o in immobili a giusta stima — Se non vi sono figli legittimi o loro discendenti ma vi sono ascendenti, il figlio naturale può ricevere i due terzi— Se non vi sono nè discendenti legittimi, nè ascendenti, il figlio naturale può succedere per testamento in tutta la eredità, art. 768, 743, 744, 745 747—Ma è sempre salva la legittima riservata al coniuge, arg. art. 768, 812 e seguenti.

(2) Teoria unif. art. 770. Per la stessa ragione dell'art. 770, cioè per evitare o violenza o seduzioni che potessero tornare a danno de'congiunti chiamati dalla Legge a succedere, il Codice seguendo il Codice civile francese, il quale a sua volta seguì il diritto consuetudinario, dispone che il tutore non può trarre profitto dalle disposizioni testamentarie del suo amministrato fatte prima dell'approvazione del conto definitivo, quantunque il testatore morisse dopo l'approvazione del conto art. 796; — Ma per l'amore familiare che allontana la presunzione di seduzione e di violenza, il codice dichiara efficaci le disposizioni fatte in favore del tutore che sia ascendente, discendente, fratello, sorella o coniuge del testatore, art. 769 capov.

Digitized by Google

con un atto permesso dalla legge, le liberalità che la stessa legge vieta — Così per esempio, potrebbe fingersi un contratto oneroso fra il testatore e l'incapace, senza che il contratto sia vero, potrebbe adoperarsi una interposta persona per far giungere i beni ad un incapace. Un padre, un marito, teneri di affetto pel figlio naturale o pel nuovo coniuge, formano un contratto di compra-vendita senza che sia vero che il figlio o il nuovo coniuge abbiano sborsato il prezzo, ma lo fanno nel fine di frodar la legge che stabilisce per questi una determinata misura — Lo stesso padre, lo stesso marito, non potendo lasciar direttamente la maggior quantità di beni al figlio naturale e al nuovo coniuge, la lasciano a' più stretti congiunti loro, come per esempio al figlio del figlio naturale, alla madre della sposa.

Si possono verificare altri casi diversi, ma d'ordinario la frode si presenta sotto l'aspeto di contratto oneroso, o di persona interposta.

Or la regola è che in qualunque guisa la frode sia stata mascherata, può essa sempre perseguitarsi e distruggersi — *Fraus omnia corrumpit.*

Sia qualunque il modo tenuto, se è provato che in contravvenzione della Legge il testatore abbia voluto favorire chi non poteva, simulando un atto che per Legge sarebbe stato valido, la disposizione testamentaria non avrà effetto o sarà riducibile secondo i casi (1).

E vi era in Diritto Romano presunzione d'interposizione di persone, per coloro che stavano sotto la potestà dello stesso padre di famiglia, e che accumulavano perciò la medesima massa di beni. Così il figlio consideravasi come interposto per suo padre se trovavasi *in potestate*; il padre consideravasi interposto per suo figlio se lo teneva in *potestate*, e tale pure consideravasi il fratello rispetto al fratello, se amendue soggiacevano alla potestà del medesimo genitore. Ma queste presunzioni d'interposizione di persone svanivano, non appena i legami della potestà patria si fossero sciolti (2).

(1) Teoria uniforme, art. 773.

(2) Teoria uniforme — Ma il Codice Civile va più innanzi per tale presunzione. Dichiara persone interposte il padre, la madre, i discendenti, e il coniuge della persona incapace art. 773 capov.—Per lo che oggi verificandosi tal caso, cioè una disposizione testamentaria a vantaggio del padre, della madre, de'discendenti e del coniuge d'un incapace essa non à effetto, senza che sia necessaria alcuna prova. La ragione per la quale il Codice à esteso la presunzione, che era più limitata in Diritto Romano, consiste nella maggior diffidenza basata sulla cognizione del cuore umano per essere identici gl'interessi di fami-

Digitized by Google

Tali idee debbono rimaner chiare nella mente — Le incapacità pronunziate dalla Legge non debbono esser derisorie, ma debbono osservarsi, sicchè la disposizione testamentaria è inefficace o va ridotta (secondo i casi) e quando la incapacità risulta dallo stesso testamento, e quando la incapacità si sia nascosta frodolentemente in un atto che la Legge permette — Ordinariamente le frodi si fanno mediante atti a titolo oneroso, ovvero mediante interposizione di persone, e chi allega la frode deve provarla. Ma per Diritto Romano la frode era presunta dalla Legge, e perciò chi l'allegava non dovea provarla, per le sole persone che trovavansi in podesta dello stesso padre di famiglia.

Indegnità.

§ 577. Abbiamo già innanzi avvertito che è indegno chi à le qualità richieste dalla legge per succedere, ma, per fatti riprovevoli da lui commessi specialmente verso il defunto, la Legge trova giusto privarlo della eredità.

Or la eredità, di cui era privato l'indegno, andava alcune volte a vantaggio del fisco, ed altre volte a vantaggio d'altre persone — La regola che dà il Gotofredo a questo proposito nelle annotazioni alla L. 20 Cod, *de legatis* 6. 37, è che—*quoties indignitas respicit favorem certae personae quod reo aufertur injuriam passo defertur*. Cioè se la indegnità si pronuncia per ragioni d'interesse pubblico, ciò che si toglie all' indegno si dà al fisco: se poi la indegnità si pronuncia per ragioni d' interesse privato, val dire se alcuno si rende indegno della eredità deferitagli perchè à toccato l' interesse, il favore di una determinata persona, in tal caso la eredità vien d' ordinario deferita a quello che è stato offeso. (1)

Ciò posto, distingueremo i casi ne' quali la eredità si deferiva al fiisco, da quelli ne' quali si deferiva ad altre persone.

Perde l' eredità a favore del fisco.

1. Chi dolosamente o colposamente à cagionato la morte del testatore. È disputato poi se sia indegno chi abbia soltanto tentato di ucciderlo, ma è prevalente la opinione affermativa. (2)

---

glia e prepotenti gli affetti—Il Codice presume che il padre, la madre, lo sposo, il discendente sieno incaricati di consegnare la cosa all'incapace quando pure il nesso della patria potestà non esistesse.

(1) Per Codice Civile l' eredità dell' indegno non vien mai deferita al fisco, ma, secondo i casi, al coerede quando vi è diritto di accrescere, o agli eredi ab intestato, o a' figli e discendenti per diritto di rappresentazione, art. 764 e seg. 728, 734, 765.

(2) Il Codice non ammette come causa d' indegnità la colpa nella morte del testatore, ma dichiara indegno chi avesse volontariamente ucciso o tentato di uccidere il testatore, art. 725 n. 1.

2. Chi à calunniosamente accusato il testatore di delitto capitale. (1)

La ragione di queste due prime cause non è soltanto che si deve presumer mancata ogni affezione nel testatore verso l' erede , ma principalmente è che conveniva punire anche con sanzioni civili quei reati, e prevenirli mettendo in movimento la molla dell' interesse.

3. Chi avesse costretto alcuno a far testamento, ciò che si estende al caso di chi avesse costretto il testatore a cangiare il testamento già fatto e formarne uno novello. (2)

4. Chi avesse impedito il testatore di far testamento o di rivocare quello già fatto , come per esempio tenendo lontani i testimoni. (3)

Ma un semplice suggerimento non basta a far ritenere come esistente tale costringimento o impedimento (4).

La ragione di queste altre due cause è di assicurare piena libertà al testatore, allontanando da lui ogni violenza.

5. Chi à trascurato di vendicare la uccisione del defunto. Per Diritto Romano l' accusa era pubblica, e non vi erano i Pubblici Ministeri, i quali oggi prendono pensiero per la vendetta de' reati.

6. Chi vivente il testatore, e senza il suo consenso , à fatto una convenzione sull' eredità del medesimo.

7. Chi à contestato a torto la capacità giuridica del testatore.

8. Chi à impugnato a torto il testamento del defunto come falso o inofficioso.

9. Chi vivea col testatore in unione illecita , salvo il caso della minorità.

10. Gli eretici e gli apostati.

11. I figli de' condannati per altro tradimento. (5)

Perde l' eredità a favore di altre persone.

1. Chi avesse celato il testamento per frodare l'erede testamentario della eredità. (6) In tal caso l' erede testamentario raccoglie la eredità.

La ragione di questa causa d' indegnità è la pena che si infligge a chi nasconda il testamento , castigando così civilmente il reo nel

---

(1) Teoria uniforme, e l' accusa dev' essere di reato portante a pena criminale art. 725 n. 2.

(2) Teoria uniforme, art. 725 n. 3.

(3) Teoria uniforme, art. 725 n. 4.

(4) Teoria uniforme, arg. art. 725 n. 3 e 4.

(5) I casi esposti ne' num. 5 ad 11 non sono stati ritenuti dal Codice Civile.

(6) Il Codice dichiara incapace a succedere chi avesse soppresso , celato od alterato il testamento posteriore, art. 725 n. 4.

Digitized by Google

vantaggio che potesse provvenirgli dal fatto commesso — La distruzione del testamento rientra a *majori* nel caso del celamento — L' alterazione poi sarebbe una falsità e dovrebbe ricorrersi alla teoria del falso e sue conseguenze.

2. Chi debitamente avvertito dal Giudice lascia spirare il termine di un anno senza soddisfare i legati e i pesi impostigli dal testatore — In questo caso i beni tolti all' indegno passano in primo luogo a' sostituiti, poi in ordine suceessivo a' coeredi, a' fedecommessari universali, a' legatarii, agli eredi intestati; in mancanza di queste persone, a chiunque adempie la condizione imposta, e, se nessuno l' adempie, al fisco.

3. Chi rifiuta di accettare l'educazione di un impubere, della quale é stato incaricato dal testatore — In questo caso i beni passano ai coeredi.

4. Chi rifiuta di accettare una tutela di cui è stato incaricato dal testatore. I beni passano a quelli che li avrebbero avuti se non fossero stati lasciati all'indegno.

5. Chi rifiuta di fare la sepoltura ordinatagli nel testamento. I beni passano a quelli che li avrebbero avuti se non fossero stati lasciati all'indegno.

6. L'erede presuntivo di un furioso o di un mentecatto che debitamente richiesto à ricusato di prestare a quest'ultimo le cure necessarie. I beni vengono attribuiti alla persona che prestò le cure.

7. Gli eredi presuntivi *ab intestato* e gli eredi istituiti in un testamento che sono a notizia della loro istituzione, i quali trascurano di riscattare il testatore fatto prigioniero, purchè abbiano superato l'età di anni 18. L'eredità passa alla Chiesa del luogo natìo del defunto, la quale deve impiegarla per riscattare altri prigioniori.

8. Chi essendo obbligato per Legge a far nominare un tutore al testatore, lo trascura — I beni passano agli altri eredi chiamati (1).

9. La vedova, la quale passa a seconde nozze entro l'anno del lutto, perde tutto ciò che à ricevuto per testamento dal primo marito (2).

La ragione sta nel rispetto al lutto coniugale, ed anche nel pericolo che possa intorbidarsi il sangue di famiglia, non potendosi

(1) Le indegnità di cui si discorre ne'num. 2 a 8 non sono ammesse per Codice civile.

(2) Teoria uniforme, ma la legge fissa il periodo di dieci mesi, e permette che la vedova si rimariti anche prima se partorisca prima di quel tempo articoli 57 e 128 — Onde non tiene a calcolo la ragione del rispetto al lutto coniugale, ma soltanto il pericolo che s'intorbidi il sangue di famiglia.

Digitized by Google

sapere a chi sia figlio il nascituro dalla donna, se questa presto si rimaritasse.

§ 578. Relativamente alla indegnità sono da osservarsi le seguenti regole:

1. La indeguità dell'erede per fatti riprovevoli commessi contro la persona del testatore, non può essere rimessa anche quando sia avvenuta riconciliazione con l'offeso prima della costui morte, perchè la indegnità è comminata dalla legge e non dalla volontà del testatore e perchè in molti casi la successione, dietro la dichiarazione d' indegnità, si deferiva al fisco — Specialmente tale regola è da osservarsi con rigore quando la riconciliazione si argomenti dal solo fatto negativo di non avere il testatore rivocato dopo le offese patite il fatto testamento (1).

2. L'indegno deve restituire non solo la eredità ma eziandio tutti i frutti da lui percepiti, perchè non si può mai considerar possessore di buona fede *qui debitum officium pietatis sciens omisit* L. 1. Cod. *de his quibus ut indignis hereditates auferuntur* 6. 35.

3. L'indegnità del genitore od ascendente non nuoce a'suoi figli o discendenti quando questi succedono per ragion propria, ma nuoce quando succedono per diritto di rappresentazione — Codesta è la opinione comunemente ricevuta (3).

---

(1) Il Codice Civile dichiara invece che può essere ammesso a succedere chi fosse incorso nella indegnità quando la persona della cui successione si tratta, ve lo abbia espressamente abilitato con atto autentico o con testamento articoli 726 766 — La ragione della differenza, è che oggi la teoria testamentaria in generale è meno rigorosa e più umanata è si fa valere con maggior forza la volontà del testatore, e la successione non va mai deferita al fisco in caso d'indegnità — Anche per Codice civile la riconciliazione non può essere presunta ma deve essere espressa.

(2) Teoria uniforme per Codice civile art. 727 e 766.

(3) Il Codice civile ammette i figli o discendenti dell'indegno a succedere al defunto, della cui eredità si tratta, sia che succedano per ragion propria, sia per diritto di rappresentazione — È perciò molto più equo art. 728 e 765—A dare effetto a questa liberale disposizione, bisogna mettere in un modo singolare, giusta le idee del legislatore, nel luogo dell'indegno i suoi figli, con far loro occupare il grado, ossia il posto vacante dell'indegno, in quella guisa che si rappresenta una dignità, o la nobiltà che l'antecessore avea. Chi occupa il di lui seggio rappresenta i diritti e le prerogative al posto convenienti, non ciò che era personale di lui, come il sesso, l'età, i vizii dell'animo, i difetti corporei, ed altre qualità personali ed accidentali, il che nelle successioni fedecommissarie anche i dottori insegnarono—Veggasi Castillo, controversia juris, Lib. 3, Capo 15 e 19.

Ma il Codice se si mostra generoso con gl'innocenti figliuoli, mantiene il suo rigore verso il padre indegno, e dispone che questi non à sulla parte di eredità devoluta a'suoi figli i diritti di usufrutto e di amministrazione che la legge accorda a'genitori, art. 728 capov. e 766.

Digitized by Google

Schiariamo il punto con esempi e diamone le ragioni.

Esempio del primo caso—Tizio e Cajo fratelli si feriscono mortalmente a vicenda. Muoiono entrambi, ma Tizio premuore a Cajo. Tizio à un figlio chiamato Mevio, e questi succede tanto al padre quanto allo zio — La ragione per la quale non v'è difficoltà al diritto di Mevio, consiste in ciò, che come figlio succede a Tizio, e come nipote succede a Cajo, senza che per succedere allo zio Cajo avesse bisogno di rappresentare il padre — Tizio succede per ragion propria, e non á menomamente a che fare col reato commesso dal padre, perchè *delicta tenent suos auctores.*

Esempio del secondo caso — Tizio, padre di Cajo e di Mevio, è ucciso dal figlio Mevio — Questi à un figlio di nome Martino, il quale resta escluso dalla eredità dell'Avo Tizio ucciso, perchè non può rappresentare l'indegno Mevio suo padre, e tutta la eredità si raccoglie da Cajo— La ragione è che i figli dell'indegno succedendo al defunto per rappresentazione di questo indegno, s' identificano con lui, e al par di lui sono indegni — *Ex radice infecta fructus non producitur.*

Regole comuni alla capacità o alla indegnità.

§ 579. Dopo aver parlato della capacità di succedere per testamento, e della decadenza dell'erede per indegnità, e dopo di aver veduto le regole speciali e proprie dell'una e dell'altra, dobbiamo conoscer quali sono le regole comuni ad entrambi.

Esse sono due.

La prima è relativa agli effetti dell'incapacità e dell'indegnità.

Che l'effetto ultimo per tutti e due i casi sia di privare della eredità l'erede istituito, è fuor di dubbio. Ma sotto altro rispetto i giureconsulti Romani facevano grande differenza tra l'incapace e l'indegno. L'incapace non poteva acquistare, e il testamento fatto a suo vantaggio era nullo di pieno dritto, e si apriva la successione intestata. L'indegno per contrario era capace di acquistare, e il testamento in suo prò era valido, ma si dichiarava la decadenza di lui, al quale spesso surrogavasi il fisco. *Quae relinquuntur incapacibus pro non scriptis habentur, non quae relinquuntur indignis. Indigni possunt capere sed non retinere.* Cujacio quaest. Pap. Lib. 16 al Fr. 12 *de his quae ut indignis auferuntur* 34. 9.

Questa distinzione avea conseguenze importanti — La precipua consisteva in ciò che l'istituzione fatta a favore di un incapace facea cadere il testamento in cui era contenuta, mentre l'istituzione riguardante un indegno lo lasciava sussistere in tutta la sua forza. —Così, un testamento anteriore valido e perfetto rivocavasi di pien

Digitized by Google

diritto da uno posteriore in cui fosse istituito un indegno : al contrario il testamento posteriore istituente un incapace non essendo testamento perfetto, non rivocava l'anteriore il quale restava fermo, e soltanto l'erede non avendo per se il *supremum defuncti judicium*. era privato del beneficio dell'istituzione, ma si doveano però i legati.

La ragione di codesto sistema romano era doppia — La prima, consisteva nella necessità della istituzione valida di erede per far sussistere il testamento, la quale istituzione vi dava forza — La seconda era che la persona istituita dovea essere esistente, e risultar certa dalle tavole stesse testamentarie — Se si trattava di un testamento fatto in pro di un incapace, si verificava o che la istituzione era fatta in proibizione della legge, onde la sua invalidità (com'era per gli stranieri, per gli eretici ecc.), o che la persona istituita non esisteva, onde mancava il subbietto del diritto (com' era pe'non concepiti o per quelli non nati vivi e vitali). Per contrario in quanto all' indegno la istituzione di erede si presentava rivestita di tutti gli elementi voluti dalla Legge, e soltanto per un fatto imputatogli ed a titolo di pena, la eredità gli era tolta (1).

La seconda regola è relativa al tempo in cui l' erede dovea essere nè incapace nè indegno.

Or intorno a tal punto, per Diritto Romano l' erede dovea esser capace e dovea esser puro da ogni macchia d'indegnità in tre tempi, cioè, quando fu fatto il testamento, quando morì il testatore, e quando adì la eredità. La ragione sta nell' intimo nesso di tali tre tempi, e ne' due elementi della volontà del testatore la quale domina nella materia testamentaria e diviene irrevocabile con la morte di lui, e della volontà dell'erede mediante l'adizione; la quale forma, l'atto compitore e l'effetto del trapasso de'beni — Col testamento, la volontà del testatore si manifesta; con la morte di lui, tale volontà resta irrevocabile; con l'adizione, la volontà del testatore s'in-

(1) Per Cod. civ. l'incapacità è pure distinta dalla indegnità; l'incapacità opera di diritto, di modo che l'incapace si considera non essere stato mai erede, e l'indegnità non opera di diritto e deve essere dichiarata dal Magistrato in base al fatto denunciato art. 724, 725, 727 925.

Ma la incapacità non mena alla nullità del testamento, com'era per Diritto Romano, perchè non si è data alla istituzione di erede quella forza che per quel Diritto avea, tanto è vero che oggi il testamento regge come tale non ostante che istituzione di erede non vi sia, e il testamento contenga soli legati, art. 759 — Oggi la incapacità e la indegnità fino a un certo segno si toccano nelle loro conseguenze, e prova ne sia, che il testamento fatto in pro di un incapace o di un indegno si ritiene come perfetto, e revocatorio del testamento precedente art. 921, il quale principio per Diritto Romano era uniforme per gl'indegni e contrario per gl'incapaci.

Digitized by Google

contra con quella dell'erede, e il testamento à il suo effetto — Ecco perchè la capacità dovea esistere in que'tre tempi — Specialmente senza l'adizione, i beni non passavano agli eredi volontarii, come vedremo parlando di essa, e perciò era mestieri esser capace al tempo in cui l'adizione accadeva. Diciamo eredi *volontarii* perchè gli eredi *suoi* e gli eredi necessarii, de'quali parleremo a proprio luogo, non avean bisogno di adizione, ed acquistavano la eredità appena morto il testatore. — Che se alcuno fosse stato istituito erede sotto condizione, i tempi ne'quali si ricercava la capacità erano anche tre, ma non la si richiedeva nel tempo della morte del testatore, sibbene nel tempo in cui si verificava la condizione. La ragione consisteva in ciò che l'erede condizionale non acquista alcun diritto con la morte del testatore, ma lo acquista col verificarsi della condizione.

Codesto era il sistema per riguardo al tempo della capacità, e codeste erano le ragioni intime che mossero i Legislatori Romani a stabilirlo.

Ma vi erano pure altre ragioni più coerenti al sistema generale successorio Romano.

Si ricercava la capacità nel tempo della fazione del testamento, *ut constiterit institutio*, affinchè fosse stata valida la istituzione di erede. Tale istituzione era cosa molto importante in Diritto Romano, perchè senza la istituzione non esisteva più testamento, ed essa veniva a mancare quante volte si fosse istituito un incapace.

Inoltre vi era una ragione storica: al tempo del testamento *calatis comitiis*, l'erede doveva essere capace di ricevere quando il testamento si faceva, perchè egli dovea intervenire ne'comizii ed essere presente alla formazione del testamento medesimo; e sotto la primitiva forma del testamento per *aes et libram*, ciò era parimente indispensabile affinchè il futuro erede avesse potuto intervenire nella mancipazione e comprare il patrimonio. Le forme furono mutate, e con esse disparve la necessità, ma il principio giuridico rimase.

Si ricercava la capacità al tempo della morte del testatore, *ut institutio effectum habeat*, cioè per dare effetto a tale istituzione, mentre la istituzione di erede, che diviene irrevocabile per la morte del testatore, non può sortire alcun effetto se in tal momento l'istituito è incapace. E nelle istituzioni condizionali, era necessaria la capacità al tempo in cui la condizione si verificava, perchè soltanto allora potea avere effetto la istituzione.

Si ricercava la capacità per gli eredi volontarii al tempo dell'adizione della eredità, perchè quello è il momento dell'acquisto *nam jus heredis eo vel maxime tempore iuspiciendum est quo adquirit hereditatem*.

Digitized by Google

Resta però, a parlare degl'intervalli tra l'uno e l'altro tempo.

Due erano i tempi intermedii, cioè quello che passava tra la formazione del testamento e l'apertura dei diritti avvenuta per la morte del testatore o per l'adempimento della condizione, e l'altro che passava dall'apertura de' diritti all'adizione della eredità.

Or l'incapacità nel primo intervallo non nuoceva perchè la semplice formazione del testamento senza la morte del testatore o il verificarsi della condizione non conferiva alcun diritto all'istituito, ma la sola speranza. Così se l'erede capace al tempo in cui fu fatto il testamento, fosse poi divenuto incapace, e fosse tornato nella sua capacità al tempo della morte del testatore, egli potea essere erede.

Nuoceva invece l'incapacità nel secondo intervallo, cioè dal tempo dell'apertura de' diritti a quello dell'adizione della eredità, perchè, avendo già i diritti preso vigore con la morte del testatore o col verificarsi della condizione, i diritti medesimi venivano a perdersi con la perdita della capacità (1).

Della diseredazione e della legittima

§ 580. Per Diritto Romano antico, il padre aveva sui figli i più estesi poteri, i quali vennero man mano temperandosi col progresso dei tempi. Così, egli aveva il *jus vitae et necis*, ma tal diritto si ridusse infine ad una modica coercizione ; avea il *jus adquirendi per liberos*, cioè di far suo tutto ciò che il figlio guadagnava, ma codesto altro diritto venne molto ristretto con la teoria di poi sopraggiunta intorno ai peculii V. § 193 e seguenti. Così del pari, il padre aveva una onnipotenza nel far testamento, onde le famose pa-

---

(1) Per Codice Civile si ricerca la capacità dell'erede soltanto al tempo della morte del testatore, e se la istituzione è condizionale, soltanto al tempo in cui la condizione si verifica, art. ed arg. art. 724, 764, 853, 857, 890, 923, 933 e 939. Essendo un solo il tempo richiesto per diritto vigente, restano inapplicabili le teorie Romane per riguardo agl'intervalli.

Conviene però spiegar le ragioni del diverso sistema del Codice civile. Questo non richiede la capacità dell'erede al tempo della formazione del testamento, perchè non à dato importanza alla istituzione di erede per la sussistenza de' testamenti, tanto è vero che oggi un testamento regge benchè contenga soli legati, art. 759 e 760. Di più le ragioni storiche che consigliavano in Diritto Romano a mantenere tale principio sono oggi totalmente svanite — Non richiede poi la capacità al tempo in cui l'erede adisce l'eredità per la massima invalsa, e della quale parleremo a proprio luogo, che il *morto impossessa il vivo*, vale a dire che l'eredità si acquista da tutti indistintamente non appena morto il testatore, art. 923 e 933.

Digitized by Google

role della legge delle dodici tavole. *Pater familias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.* Sicchè il padre, disponendo dei suoi beni, potea dar tutto, potea dar qualche cosa, potea anche dar niente ai figli.

Codesta assoluta potestà venne anch' essa umanandosi, perciocchè fu stabilito che il padre avesse l' obbligo di istituire o diseredare i figli, senza poterli preterire. Come infatti, potrebbe perdonarsi ad un padre la dimenticanza dei suoi figliuoli, o di alcuno di essi, quando dispone dei suoi beni? Il padre dando la vita ai figli, si fa loro debitore non solo di nutrirli, educarli e proteggerli, ma anche di render loro, nei limiti delle sue forze, più sopportabile e lieve la vita — *Non est bonum vivere, sed bene vivere.* Da ciò si ebbe l'istituto della *diseredazione.* La legge volle obbligare il padre a ricordarsi del figlio, a scrivere nel testamento il nome di lui, fosse pure per diseredarlo.

La diseredazione è una condanna alla miseria, ed è troppo difficile che un padre scriva la condanna del suo figliuolo.

Ma con ciò non si raggiunse lo scopo, perchè, potendo il padre di famiglia diseredare capricciosamente i figli, ovvero potendo istituirli eredi, dando loro quel tanto che a lui piacesse, ed anche una miserrima cosa, accadea talvolta che i genitori fossero spietati verso qualche loro figliuolo, lasciandogli assai scarse sostanze. Alcune fiate il genitore si fa raggirare dal secondo coniuge a danno de' figli del primo letto, ovvero dai figli che si trovano in casa a discapito di quelli che son lontani; altre volte sente affetto più vivo per uno che sa lusingarlo, anzichè per un altro che gli si mostri poco compiacente; tal altra si lascia trasportare dal desiderio di mantenere lo splendore del casato, beneficando di molto il primogenito. — Il principio di dritto di natura, innanzi ricordato, suggerì al legislatore misure più severe, e man mano venne imponendosi al padre un altro dovere molto più grave, quello cioè di lasciare a tutti i figli una porzione delle sue sostanze, onde si ebbe l'istituto della *legittima.*

Ecco come sursero quei due istituti della *diseredazione* e della *legittima.*

Il processo logico del Diritto Romano appare manifesto. È la coscienza pubblica che insorge contro il rigore del diritto antico; è l' equità naturale che trionfa sulla durezza aristocratica primitiva.

Quei due istituti ànno molti punti di contatto perchè furon misure prese per un solo obbietto, qual' era quello di assicurare ai figli una parte dei beni paterni.

Li abbiamo perciò riuniti tutti e due in un sol colpo d' occhio, per poterne comprendere il nesso e l' importanza, e li verremo ora

Digitized by Google

esponendo partitamente, riunendoli poi di bel nuovo per discorrere delle sanzioni che assisurano i precetti dell' uno e dell' altro istituto (1).

Della Diseredazione.

§ 581. Come si è già avvertito, la diseredazione fu introdotta a favore dei figli, *pietatis causa*. Il padre doveva o istituirli eredi o diseredarli, e non potea preterirli.

La diseredazione aveva l' effetto di escludere i figli da ogni diritto alla successione paterna.

Però col mitigarsi dei costumi, e col restringersi della patria potestà nei confini del diritto naturale, si andò più avanti e si fecero altre parecchie e gravi limitazioni al dispotismo paterno. Dapoichè fu stabilito che la diseredazione dovesse essere fatta puramente e semplicemente, non sotto condizione; che la diseredazione dovesse essere per tutta la eredità e non per una parte di essa; e che la diseredazione medesima dovesse appoggiarsi ad una giusta causa stabilita dalla legge, ed espressa nello stesso testamento.

Più tardi dell' obbligo imposto al padre di istituire o diseredare i figli, sopraggiunse l' istituto della *legittima*, non solo a vantaggio dei figli o discendenti, ma anche in pro degli ascendenti e dei fratelli e sorelle, se a questi ultimi fosse preferita una turpe persona; onde accadde che anche per gli ascendenti, e pei fratelli e per le sorelle, si ammise la diseredazione con le stesse limitazioni già dette, per riguardo ai figli.

Specialmente l' Imperatore Giustiniano fu il più largo interprete del cuore umano nella materia successoria, e fu quegli che la semplificò, e diede a questo punto relativo alla diseredazione un sistema più preciso, meno intricato, e più largo per riguardo ai figliuoli.

Sicchè parleremo prima del diritto precedente ai tempi di codesto Imperatore, e poi del diritto che si ebbe ai tempi suoi.

Diseredazione per diritto antigiustinianeo.

§ 582. A ben comprendere il sistema precedente ai tempi di Giustiniano, fa d'uopo distinguere le diverse specie di figli, cioè i figli legittimi, gli adottivi, gli emancipati, gl' illegittimi, ed i postumi, e

---

(1) Come si vedrà dalle seguenti note, il Codice civile italiano à ritenuto il solo isituto della legittima, e non quello della diseredazione.

Digitized by Google

parlare di ciascuno di essi in tale ordine per potere riuscire più chiari nella esposizione che è alquanto difficile.

I figti legittimi dovevano essere istituiti o diseredati dal padre. I maschi dovevano essere diseredati *nominatim*, cioè in modo speciale ed individuale, come ad esempio, *Titius filius meus exheres esto.* Le femine potevano essere diseredate *nominatim*, ovvero *inter caetoros*, vale a dire o in modo individuale o in modo collettivo, come ad esempio, *reliquae filiae meae exheredes sunto.* Ma la patria potestà Romana si estendeva anche ai nipoti, i quali perciò potevano essere diseredati dall'avo, nei modi stessi permessi per le figlie femine, cioè *nominatim aut inter caetoros.* La ragione della differenza era che i figli maschi di primo grado, vengono sempre a rappresentar la famiglia e a mantenerla dopo la morte del padre, onde per essi la legge obbligava il testatore a scrivere nettamente il loro nome nel fine d'intenerirlo, e di richiamargli così que' figliuoli alla mente e porglieli quasi sotto gli occhi nel momento che scriveva la loro condanna.

I figli adottivi, sia che fossero stati arrogati, sia che fossero stati adottati, passavano sotto la potestà del padre adottante, e perciò si seguivano per essi le norme dettate pei figli legittimi.

I figli emancipati potevano essere nè istituiti nè diseredati, cioè potevano essere preteriti, perchè essi erano usciti dalla famiglia giuridica del testatore, ma vennero soccorsi dall' editto del Pretore, il quale li uguagliò agli altri figli legittimi, e diede loro il possesso dei beni *contra tabulas*, se mai non fossero stati nè istituiti nè diseredati nei medesimi modi stabiliti pei figli rimasti sotto la potestà del genitore.

I figli illegittimi non erano sotto la potestà del padre, e perciò questi non avea l' obbligo di istituirli o diserederarli e poteva preterirli.

I figli postumi originariamente non potevano essere istituiti e per conseguenza molto meno potevano essere diseredati, perchè erano considerati come persone incerte, come vedremo parlando della istituzione di erede.

Ma la nascita del postumo rompeva il testamento, cioè infirmava, rendeva caduco il testamento paterno, come meglio si dirà parlando dei modi coi quali s' invalidano i testamenti.

Or si volle porre un riparo al danno derivante dalla caducità del testamento per la nascita del postumo, e si stabilì che anche il figlio postumo dovesse essere o istituito o diseredato dal genitore, e che al pari degli altri figli la diseredazione dovesse essere fatta *nominatim*, se il postumo nascesse maschio, e *nominatim* ovvero *inter*

Digitized by Google

caetoros se nascesse femina. Si volle inoltre che per la femina postuma il padre diseredandola, le avesse lasciato qualche cosa. (1) Ma qual' era la ragione per la quale il padre di famiglia potea diseredare le figlie vive *inter caeteros*, e non potea diseredare le figlie postume *inter caeteros* senza lasciar loro qualche cosa? La ragione era che se la figlia era viva, il padre ben l'avea presente, onde diseredandola sapea di colpirla e farle un male. Non così era per la figlia postuma, perchè il padre può non sapere che lascia la moglie incinta, e diseredando alcune figlie o alcuni nipoti *inter caeteros*, vi sarebbe rimasta compresa la figlia postuma, senza che il padre avesse pensato menomamente a lei. Or il lascito facea intendere che il padre vi avea pensato (Vinnio al § 1. *Tit. De exheredatione liberorum.* Inst. 2. 13).

Ma come si faceva a diseredare con certezza il postumo, nominando il postumo maschio, e lasciando qualche cosa alla femina? S' indicava d' ordinario col nome della madre il maschio — Ad esempio — *qui ex Seja nascetur*. E per la femina — *postumae vero meae, si qua nascetur, centum solidos do, lego.*

Se non che tutto ciò che si è detto per riguardo ai postumi, era applicabile ai quasi postumi; onde convien conoscere chi era in Diritto Romano il postumo e chi era il quasi postumo, e perchè in quel Diritto si trova una classe così estesa di quasi postumi.

Il figlio postumo è quello che è nato dopo la morte del padre.

Ma può accadere che un figlio nasca al padre testatore mentre egli è in vita e dopo che ha fatto il testamento. Questo figlio non è vero postumo, invece si accosta alla categoria dei postumi per la sua nascita posteriore al testamento, e perciò vien detto *quasi postumo*.

Inoltre si ricordi che la patria potestà Romana durava per tutta la vita del figlio e si estendeva anche ai figli di costui, cioè ai nipoti. Per lo che dovevano esservi altri figli che si accostavano pure alla categoria dei postumi, per l'intreccio che accadeva nella nascita del nipote dopo la morte del padre e prima di quella dell' avo, e per la nascita dopo che avessero fatto testamento o l' avo o il padre. Così il nipote nato dopo la morte del padre e prima della morte dell' avo (il quale solo aveva la patria potestà in famiglia), non era

(1) Il principio della istituzione o diseredazione dell' *heres suus*, anche postumo, menava a consegnenze importantissime in un Diritto Romano ad averne una idea, basterà portare il pensiero a' provvedimenti che si son dovuti adottare dal Codice vigente, e che son riusciti anche incompiuti, per non aver voluto ritenere quel principio. Leggansi le noto di Codice Civile nella materia delle sostituzioni e della rottura de' testamenti.

Digitized by Google

un postumo relativamente all' avo, ma si accostava alla categoria dei postumi, ed era un *quasi postumo*. Così del pari, un nipote nato dopo ehe l' avo avea fatto testamento e prima della morte di lui, preceduta pure dalla morte del padre, non era un postumo, ma un quasi postumo. Premesse codeste idee si può intender bene di quante specie erano codesti quasi postumi.

Se ne noverano quattro.

1. Gli Aquiliani, cioè i nipoti nati dopo la morte del padre e dell'avo, nel caso che il padre fosse premorto all'avo.

2. I Vellejani, i quali sono di tre classi

a) I figli nati vivente il padre testatore, ma dopo che questi ha fatto il testamento

b) I nipoti nati dopo la morte del padre e prima del testamento dell'avo

c) I nipoti nati dopo la morte del padre e dopo il testamento dell'avo

3. I Giuliani, cioè i nipoti nati dopo la morte dell'avo, e prima della morte del padre, nel caso però che il padre muoia immediatamente dopo la nascita de' figli (*vivo patre suo ac mox pater decedat*)

4. I Corneliani, cioè quelli concepiti prima e nati dopo la prigionia di guerra del padre, il quale perciò si rendeva servo (1).

Tutto quanto si è detto finora in proposito della diseredazione era relativo soltanto al padre o all'avo paterno, cioè soltanto a quelli che avevano la patria potestà in famiglia.

Ma qual'era il sistema di diritto per riguardo alla madre e agli altri ascendenti materni?

Essi non avevano la patria potestà, e per conseguenza non avevano l'obbligo di istituire o diseredare i figli o i nipoti, onde potevano preterirli. La cosa era molto dura, e si soccorse con la querela d'inofficioso testamento, della quale parleremo trattando dei modi coi quali s'invalidano i testamenti.

---

(1) Per Codice civile è postumo il figlio nato dopo la morte del padre, com'era per Diritto Romano. Ma la categoria dei quasi postumi si è ristretta soltanto al figlio che nasca vivente il padre, e dopo che questi abbia fatto testamento e a' nipoti nati dopo la morte del padre e dopo il testamento dello avo. La ragione della differenza si ripete da che oggi è diversamente organizzata la patria potestà, non avendola più l'avo per tutta la sua vita, ma avendola invece il padre, e, in mancanza di lui, la madre fino alla maggiore età o alla emancipazione del figlio, art. 220, 310, 888. Sono poi considerati quasi postumi i nipoti nati dopo la morte del padre e dopo il testamento dell' avo pel grande amore che l'avo ha verso i nipoti.

Digitized by Google

Diseredazione per diritto Giustinianeo.

§ 583. Come abbiamo già detto innanzi, ai tempi di Giustiniano la teoria venne ad essere più umana, più precisa, e più rispondente ai bisogni sociali ed al progresso dei tempi.

Guardandola nel suo insieme, tale teoria si riduce a quattro principii di di diritto che ora verremo brevemente esponendo.

1. Il primo è — *Omnes personae quibus debetur portio legittima aut instituendae aut nominatim exheredandae sunt.*

La legittima, che esisteva già molto innanzi a' tempi di Giustiniano, fu il regolo per riguardo alla diseredazione. Tutti quelli che avean diritto alla legittima, e non i soli figli, doveano essere o istituiti o diseredati. E tutti essi potevano essere diseredati soltanto *nominatim*, cioè in modo speciale e individuale, non già in modo complessivo, *inter caeteros*. Venne a tal modo allargata la sfera di quelli che avean diritto ad essere istituiti o diseredati, e ristretto il potere del padre di famiglia di diseredare *inter caeteros* le figlie femine e i nipoti.

2. Il secondo è — *Omnis exheredatio debet fieri pure.* La diseredazione dovea farsi puramente e semplicemente e non sotto condizione. Così fu tolto qualunque capriccio al padre di famiglia pel tempo posteriore alla sua morte! D'altro canto la diseredazione dovea essere fatta con certezza, e non è mai certo ciò che dipende da una condizione.

3. — Il terzo è — *Omnis exheredatio debet fieri a tota hereditate.* La diseredazione dovea essere fatta per l'intera eredità, e non per una parte di essa o per un cespite determinato, e ciò nel fine di toglier le mezze misure e le preferenze e parzialità che riescono sempre infeste, specialmente in famiglia.

4. — Il quarto è — *Omnis exheredatio debet fieri ex justa causa in ipsis tabulis exprimenda.* Questa fu la più grande innovazione—Non si permise la diseredazione senza darne ragione, ovvero per qualunque causa minima che fosse, si volle invece una causa grave, riconosciuta dalla legge, vera nel fatto, e ricordata nello stesso testamento.

Ma la giurisprudenza avea già da tempo apparecchiata codesta novella Legge emanata da Giustiniano, perchè prima di lui non si permetteva più al padre di diseredare per qualunque causa il figlio, e invece si richiedeva una qualche causa che fosse riconosciuta giusta, *arbitratu boni viri.* Giustiniano, più che altro, tolse per questo punto

Digitized by Google

l'arbitrio e l'incertezza che si aveano nella decisione de'singoli casi.

Comunque ciò sia stato, è certo che quell'Imperatore designò le cause, le quali furono in maggior numero pe'discendenti, in numero minore per gli ascendenti, ed in numero anche più ristretto pe'fratelli e per le sorelle — La ragione di codesta gradazione decrescente è che gli obblighi de'discendenti verso gli ascendenti son maggiori di quelli che ànno gli ascendenti verso i discendenti, e gli obblighi degli ascendenti a lor volta son maggiori di quelli de'fratelli e delle sorelle.

Or i discendenti poteano diseredarsi per quattordici cause, — 1. per ingiurie — 2. per percosse — 3. per insidie alla vita — 4. per denunzia che arrechi un danno all'ascendente — 5. per cattiva condotta — 6. per avere impedito al padre di far testamento — 7. per non averlo soccorso in caso di pazzia — 8. per non averlo redento in caso di schiavitù — 9. per essere il figlio divenuto eretico — 10. per avere accusato il padre di reato capitale — 11, per commercio illecito con la matrigna — 12. per aver seguito i saltimbanchi contro il volere del padre — 13. per essersi negato a dar guarentigia onde liberare il padre dalle carceri — 14. per avere la figlia minorenne, che il padre volea dotare e onestamente maritare, preferito invece la prostituzione.

Gli ascendenti poteano essere diseredati per otto cause — 1. per avere accusato il discendente di reato capitale — 2. per insidia alla vita di lui — 3. per commercio illecito con la nuora — 4. per avere impedito al discendente di far testamento — 5. per non averlo redento dalla schiavitù — 6. per non averlo soccorso in caso di pazzia — 7. per essere l'ascendente divenuto eretico — 8. per avere il padre propinato veleno alla madre, o viceversa.

I fratelli e le sorelle potevano essere diseredati per tre cause, in riguardo ad una persona turpe istituita—1. per avere insidiato alla vita del testatore — 2. per averlo accusato di reato capitale—3. per avere arrecato grave danno a'beni di lui.

A compimento della teoria sulla diseredazione, rimane a parlare di quella che si fa, non per arrecare un danno al legittimario, ma pel suo maggior bene (*exheredatio bona mente facta*).

Permettevano le Leggi Romane la diseredazione anche quando la causa non fosse odiosa, ma si trattasse del meglio del legittimario — Così, se il padre avesse preveduto che il figlio andava a sciupare le sostanze che gli lasciava, potea diseredarlo e lasciargli i beni per fedecommesso anzichè in libera proprietà — Allo stesso modo, potea provvedere per un figlio pazzo ec — Per codesti ed altri simili casi era necessario che il testatore esponesse la causa della di-

Digitized by Google

seredazione *bona mente facta*, e che non vi fosse dubbio sulla buona intenzione di lui (1).

Della legittima.

§ 584. La legittima è stabilita dalla Legge in omaggio a'principii del diritto di natura, il quale fa sentire nel cuor di ciascuno il dovere di soccorrere i più stretti congiunti, quando per la morte che lo coglie, egli lascia per sempre i suoi beni.

Quì è la legge che forza la mano al testatore—È un dovere naturale imposto come dovere civile.

Ma chi sono i congiunti più stretti cui l'uomo à l'obbligo di lasciar parte delle sue sostanze?

Essi ritrovansi nella famiglia, i cui componenti si aiutano a vicenda in vita, e debbono a vicenda soccorrersi in morte.

Gli ascendenti ed i discendenti, ànno tra loro un vincolo sacro, che è altamente da rispettare, e che il Legislatore deve, per quanto può, rendere sempre più saldo — Anche i fratelli e le sorelle ànno una qualche ragione almeno di non vedersi posposti a un uomo o a una donna infame.

Il criterio per la legittima si trova nella successione intestata. Que'più vicini parenti i quali raccoglierebbero la eredità, se alcuno morisse intestato, ànno il diritto di avere una parte nella successione testata — Ecco perchè si dice che la legittima *est portio portionis ab intestato debitae*, ed ecco perché si à diritto alla legittima nell'ordine stesso delle successioni intestate, cioè vi ànno diritto innanzi tutto i figli, in mancanza di essi i genitori, in mancanza di

---

(1) Il Codice Italiano, seguendo il Codice francese, non à ritenuto la diseredazione, la quale non è stata ammessa per le seguenti ragioni:

1. Perchè la diseredazione inventata dal Diritto Romano per favorire i figli, si rivolgeva certamente a loro danno dopo che sorse l'istituto della legittima — Se si riconobbe un diritto di riserva in favore del legittimario, e se la diseredazione veniva a toglierla, questa non potea essere più favorevole, ma era sempre di danno.

2. Perchè le cause principali che davano luogo alla diseredazione, stanno noverate tra le cause che menano alla indegnità dell'erede, art. 725, 764.

3. Perchè è molto più conveniente che la legge pronunzi la indegnità dell'erede, e il testatore abbia la facoltà di perdonare, riabilitando l'erede alla successione, art. 725, 726, 764, 766.

4. Perchè sa d'immoralità la diseredazione contro gli ascendenti.

5. Perchè si è aumentata l'autorità de'testatori attenuando di molto gli effetti della preterizione.

Digitized by Google

questi gli altri ascendenti, e, se mai sia istituita una turpe persona, vi ànno diritto anche i fratelli e le sorelle (1).

Il coniuge che sopravvive deve anch'esso avere un qualche diritto sulla eredità del coniuge defunto — L'un coniuge, non può assolutamente ritener l'altro come un estraneo (2).

Per lo che i figli, gli ascendenti, i fratelli e le sorelle, il coniuge sono tutti più o meno considerati dalla Legge nella successione del loro congiunto (3).

Conviene per altro vederne un pò meglio le ragioni.

I figli ànno tutto il diritto di aver qualche cosa dai genitori, tostochè da loro ànno ricevuta la vita. I figli nascendo si rivolgono ad essi per aver la vita più agiata, ed i genitori ànno l'obbligo di secondarli ne'limiti delle loro forze.

I figli son detti *heri minores*, padroncini di casa, e per il diritto che ànno su'beni di chi li à messi al mondo si chiamano *heredes sui*—È la ragion naturale nella sua semplicità che detta codesti sentimenti.

Per converso e per una giusta ragione di reciprocità, gli ascendenti ànno il diritto di esser considerati da'discendenti — Sebbene sotto l'aspetto dell'ordine sociale, il diritto degli ascendenti sia meno esteso di quello de'discendenti perchè la sorte degli uni è più indipendente dal patrimonio degli altri , pure i genitori, e , quando essi manchino, gli altri ascendenti debbono andare perciò in seconda linea , ma non possono essere dimenticati allora il defunto non lasci figli. Le cure affettuose degli ascendenti, le spese ch'essi incontrano, l'essere autori della vita del defunto, danno il diritto ad aver qualche cosa della sua eredità — La pietà paterna è il fondamento della legittima che ad essi spetta.

I fratelli e le sorelle ànno pure qualche diritto, almeno nel caso che il defunto preferisca ad essi una turpe persona—Il ligame così stretto di parentela, l'affetto che li à congiunti da'teneri anni, l'aiuto senza dubbio alcuna volta prestato durante la vita, consigliano per lo meno una preferenza a gente perduta, e che loro darebbe un'onta immeritata.

Il coniuge poi è forse a considerare più di qualunque parente, relativamente all'altro coniuge, sia che si guardi il lato morale per la comunanza di affetto nella loro vita intima, sia che si guardi il lato civile pe'doveri tra loro e verso la prole.

---

(1) Teoria uniforme art. 805 e seguenti — Ma per le ragioni che diremo or ora, non ànno diritto oggi a legittima i fratelli e le sorelle.

(2) Teoria uniforme, art. 812 e seguenti.

(3) Teoria uniforme, meno pe'fratelli e per le sorelle, art. 805 e seguenti.

Digitized by Google

Laonde quattro sono le categorie di persone che ànno diritto ad aver qualche cosa nella successione di un defunto, cioè — 1. i figli — 2. gli ascendenti — 3. i fratelli e le sorelle, se a loro venga preferita una turpe persona — 4. il coniuge (1).

Però pria di parlare distintamente di ciascuno di essi, e della misura per ciascuno fissata, convien vedere se sia più opportuno proporzionar la legittima al numero delle persone cui spetta, ovvero in più semplice maniera determinarla in una quota invariabile, senza aver riguardo al numero degli aventi diritto.

Il sistema, che determina la legittima, secondo il numero de'chiamati a prendervi parte, tiene principalmente conto dell'elemeuto economico, perchè proporziona la misura a'bisogni cui deve soddisfare — Così con tal sistema, si dà una quota maggiore se i legittimarii siano in maggior numero, e una quota minore se siano in numero più ristretto.

Ma si verificano due inconvenienti—Il primo è, che rende incerta la trasmissione della proprietà qualora sopravvenga un altro figlio, il quale farebbe aumentare la quota — Il secondo è, che con la graduale progressione secondo il maggior numero degli eredi, si assottiglierebbe troppo la quota disponibile; e laddove la progressione si lasciasse tronca e limitata, andrebbe fallito lo scopo cui mira l'idea della proporzionalità.

Il sistema che determina in ogni caso la legittima, in una quota fissa è in realtà meno pregiata, perchè si allontana dall'elemento economico che consiglia di proporzionare i beni a seconda de'bisogni, ma à il vantaggio di esser semplice e di non dar luogo ad inconvenienti di sorta.

Or per Diritto Romano, come or ora vedremo, si osservò fino a'tempi di Giustiniano il sistema della quota fissa, e da Giustiniano in poi il sistema della quota variabile e progressiva secondo il numero degli eredi (2).

Veduti così quali sieno i sistemi per la determinazione della legittima, passiamo senz'altro a rassegna quelle quattro categorie di persone che vi prendono parte e ad esaminar la misura ad essi attribuita.

---

(1) Teoria uniforme, meno pe'fratelli e sorelle, art. 805 e seguenti.

(2) Il Codice Civile ritiene il sistema della quota fissa, art. 805 e seguenti.

Digitized by Google

Figli.

Sotto nome di figli (*liberi*) s'intendono non solo i figli di primo grado, ma ancora i nipoti, pronipoti, e discendenti da costoro — *liberorum appellatione nepotes et pronepotes, ceterique qui ex his descendunt continentur* Fr. 220 *de verborum significatione* 50, 16. La ragione era che il nipote o il pronipote stavano sotto la potestà dell'avo finchè questi era in vita, ed altra ragione era che, specialmente nella materia successoria, i nipoti venivano a rappresentare il genitore, laddove questi fosse premorto all'Avo, ed avean perciò diritto alla porzione che sarebbe spettata al genitore medesimo (1).

Or i figli sono — *a*) legittimi — *b*) legittimati — *c*) adottivi — *d*) naturali — *e*) adulterini e incestuosi.

a) Figli legittimi.

Prima di Giustiniano la porzione riservata era il quarto di ciò che i figli avrebbero conseguito ab intestato ed era ordinariamente chiamata *portio legittima*. Era pure talvolta chiamata *quarta falcidia*; onde la supposizione che la legittima fosse stata istituita ad esempio della Legge Falcidia relativa ai Legati.

Ma Giustiniano fissò la legittima dei figli in ragione del loro numero. Se vi erano quattro figli o meno dovevano conseguire per se soli il terzo dei beni paterni, se ve n'erano più di quattro la loro legittima consisteva nella metà dei beni stessi da dividersi tra loro. Il di più stava a libera disposizione del padre, che lo poteva trasmettere a chi meglio a lui piacesse onde il nome di disponibile.

b) Figli legittimati. Questi hanno la legittima come i figli legittimi ai quali sono equiparati. *Nihil a legittimis filiis differentes.*

c) Figli adottivi. Fino ai tempi di Giustiniano tl figlio adottivo aveva la legittima sull' eredità dell' adottante, perchè questi acquistava la patria potestà, e l' adottato era equiparato ad un figlio legittimo. Ma avendo Giustiniano distinto l' adozione piena dalla meno piena, e data la patria potestà soltanto nel primo caso, ne seguì, che il figlio adottivo con adozione piena aveva diritto alla legittima, ed il figlio adottivo con adozione meno piena non vi aveva diritto, sebbene suceedesse alla eredità intestata dell' adottante.

d) Figli naturali. I figli naturali per Diritto Romano relativamente al padre, erano quelli che nascevano dalla concubina, e relativamente alla madre erano quelli che essa procreava fuori matrimo-

(1) Teoria uniformc art. 806, ma il Codice civile muove soltanio da questa seconda ragione.

Digitized by Google

nio legittimo. Il riconoscimento di un figlio come figlio naturale, non era ammesso in Diritto Romano. Or per tale Diritto il figlio naturale non potea pretender la legittima dall' eredità del padre, ma lo poteva dall' eredità della madre. La ragione della differenza era che, mancando il matrimonio legittimo, si mostrava troppo debole il legame del concubinato, e perciò legalmente non era certa la filiazione, e forse non lo era neanche per natura, perchè le concubine non avevano d' ordinario la fedeltà delle mogli, come oggi non l' hanno le mantenute. Per riguardo al padre era applicabile la massima che il figlio naturale *nec gentem nec familiam habet*. Relativamente alla madre poi la cosa era diversa, perchè questa è sempre certa, e si può ben sapere se una donna abbia partorito un determinato figliuolo. Mancava per essa il matrimonio legittimo, ma dal momento che si aveva la certezza della maternità e della filiazione, il figlio era ritenuto sempre come naturale e perciò sull'eredità di lei aveva diritto alla legittima.

e) Figli adulterini ed incestuosi. Questi non avevano diritto a legittima pel rispetto dovuto alla famiglia legittima, per non incoraggiare l' adulterio e l' incesto, e per punire i genitori del loro fallo, obbligandoli a non lasciar cosa alcuna a quelli a' quali per natura sarebbero tratti a dar tutto (1).

(1) Anche per Codice civile i figli vanno distinti in legittimi, legittimati, adottivi, naturali, adulterini e incestuosi art. 806, 815, 752.

I legittimi, i legittimati e gli adottivi sono messi sulla stessa linea, e la loro quota di riserva è la metà de' beni del testatore art. 805 ed 806.

I naturali hanno il diritto per quota di legittima, alla metà della quota che loro sarebbe spettata se fossero legittimi — Quando però non vi sono discendenti nè ascendenti legittimi, i figli naturali ànno diritto a due terzi della quota che loro sarebbe spettata se fossero legittimi, art. 815 ed 816.

Gli adulterini e gl' incestuosi ànno diritto agli alimenti, art. 752.

Come si vede v' è differenza col Diritto Romano per i figli adottivi, naturali, adulterini e incestuosi.

La differenza per gli adottivi si spiega da che, sebbene per l' adozione siesi oggi ritenuta per tutti i casi l' adozione meno piena di Giustiniano, pure è sembrato illogico disporre che i figli adottivi, sia anche con l' adozione meno piena Giustinianea, avessero diritto a succedere ab intestato all' adottante e nulla potessero pretendere nella successione testata — L' adozione imita la natura, à le sue forme solenni, che accennano ad una figliolanza elettiva, e non si saprebbe vedere il perchè avesse a produrre un diritto molto grave nelle successioni intestate, e non desse diritto alcuno nelle testate.

Pe' figli adulterini e incestuosi si è seguita la benignità del Diritto Canonico che concedeva gli alimenti.

Resta a parlare della differenza pe' figli naturali — Il Codice dovea dare sanzioni diverse dal Diritto Romano, perchè oggi si à pel figlio naturale quella certezza che allora mancava per riguardo al padre — Nella procreazione la paternità si avvolge nel mistero, e la maternità è certa per le sue stesse tracce

Digitized by Google

Ascendenti

Gli ascendenti, come abbiamo veduto, avevano diritto a legittima, la quale fino ai tempi di Giustiniano era il quarto dell' eredità; ma avendo questo imperatore stabilito per tutti i legittimari la quota variabile e non la quota fissa, toccò ad essi il terzo, perchè gli ascendenti non superano mai il numero di quattro. Di vero, è regola che l' ascendente più prossimo esclude il più rimoto nella successione dei discendenti, perchè si suppone maggiore affetto per l'uno anzichè per l' altro, e così si suppone maggiore affetto pel padre anzichè per l'avo, e perciò nella legittima il più rimoto è escluso dal più prossimo, sicchè il padre e la madre, o l' uno dei due se l' altro è premòrto, ànno diritto alla legittima — Se poi, premorti il padre e la madre, sopravvivano altri ascendenti paterni o materni, sempre il più prossimo esclude il più remoto, e cosi l' avo esclude il bisavo. Ma se si trovino gli ascendenti in pari grado (come ad esempio se, premorti padre e madre, sian vivi gli avi della linea paterna e materna), il diritto della legittima va per linee, cioè metà alla linea paterna e metà alla materna, vale a dire la legittima si prende metà dall' avo e dall' ava paterni, e metà dall'avo e dall'ava materni — La divisione va sempre fatta a metà tra le due linee, anche qnando in una linea fosse vivo un solo ascendente, e nell' altra linea ne fossero vivi due (2).

---

sanguinose, onde il Diritto Romano negava la legittima sulla successione del padre a' figli naturali (ch' eran quelli nati dalla concubina, la quale era una mantenuta) e la concedeva sulla successione della madre — Mistero e dubbio senz' alcun legame civile da una parte, certezza di figliolanza dall' altra, menavano a conseguenze totalmente opposte — Ma oggi è figlio naturale chi è stato riconosciuto per tale, onde vi è la certezza che deriva appunto dal riconoscimento, art. 179 — Data la certezza della figliolanza, sorgea necessariamente il diritto alla legittima, perchè come figlio egli à un diritto su'beni del genitore, benchè debbano rispettarsi le sorti de' figli nati da giusto matrimonio — Il riconoscimento medesimo mena a doveri legali da parte del genitore che lo ha riconosciuto e da parte del figliuolo, art. 184 a 187, e la legittima altro non è, che la conseguenza di tali doveri. Ed è anche un' altra conseguenza quella di ammettere il diritto di rappresentazione de' figli legittimi del figlio naturale per ottener la quota a lui spettante sulla eredità del padre naturale che gli fosse sopravvissuto, art. 817.

A proposito del figlio naturale v' ànno altre disposizioni comuni anche al coniuge, e ne parleremo trattando di costui.

(2) Teoria uniforme, ma la quota di legittima è sempre fissa nel terzo dei beni, art. 807.

Digitized by Google

Fratelli e Sorelle

I fratelli e le sorelle germani o consanguinei avevano diritto alla legittima, nel solo caso che si fosse ad essi preferita una turpe persona. Or accadendo che persona di tal fatta fosse stata istituita erede, quelli avevano il diritto alla legittima , la quale però era assegnata in concorso degli ascendenti. La misura della legittima era quella stessa stabilita pei figli, cioè era il quarto prima dei tempi di Giustiniano, e dopo di lui era anche il quarto se fratelli, sorelle ed ascendenti fossero stati nel numero di quattro o meno, ed era il terzo se il numero di essi fosse stato maggiore di quattro (1).

Coniuge

Per Diritto Romano primitivo se il matrimonio era fatto con la *conventio in manum*, la moglie si rendeva soggetta al marito ed era considerata allo stesso livello dei figli. Sicchè se la moglie moriva prima del marito , non v' era successione di sorta perchè i beni di lei erano con la *conventio in manum*, divenuti proprietà del marito. Se il marito moriva prima della moglie, questa veniva alla successione di lui in concorso dei figli (*loco filiae*).

Se il matrimonio si fosse fatto senza la *conventio in manum*, mancava fra i coniugi il vincolo di agnazione nel quale riposava esclusivamente il diritto ereditario e questo non era quindi possibile fra i coniugi.

---

(1) Per Codice civile non si è ritenuta in alcun caso la legittima a vantaggio de' fratelli e delle sorelle.

Le ragioni sono le seguenti.

1. Perchè i figli avendo diviso tra se il retaggio paterno, ciascuno à conseguito la sua parte, e gli uni nulla devono agli altri.

2. Perchè non si può aggiunger legittima a legittima, pretendendo che, dopo ottenuta la propria legittima sul paterno retaggio, uno de' fratelli venisse ancora a raccogliere per lo stesso titolo una parte ulteriore ne' frammenti di questo retaggio, già entrato in proprietà del fratello defunto.

3. Perchè se l' uno de' fratelli venne in fortuna col mezzo della sua industria, è padrone del suo, ed è una conseguenza del diritto di proprietà che possa disporne a suo grado.

4. Perchè codesto diritto assoluto di proprietà non può cedere ad un sentimento di equità per l' onta che possa provvenire a fratelli e alle sorelle preferendosi ad essi una turpe persona.

5. Perchè si vengono a debilitare i legami di famiglia assicurando a' collaterali de' diritti che li esonerino da riguardi, da cure affettuose, e da mutue pretazioni.

Digitized by Google

Andando però in disuso la *conventio in manum*, il pretore modificò il sistema ereditario, facendo prevalere il vincolo del sangue, e con l'editto *unde vir et uxor* chiamò il coniuge alla successione dell' altro, dopo i congiunti successibili del defunto. Volle il pretore preferire il coniuge al fisco.

La successione dei coniugi si rese molto rara, e Giustiniano concesse allora un grande benefizio, ammettendo il coniuge superstite all' eredità del coniuge defunto, quante volte quegli fosse stato povero. E dispose, che se mai gli eredi fossero più di tre, il coniuge superstite dovesse avere una porzione virile, e se fossero tre o meno dovesse avere la quarta parte di tutti i beni. Ma così per l'uno, come per l'altro caso ordinò, che se il coniuge concorresse nell'eredità insieme ai figli procreati col coniuge defunto, dovesse avere i beni soltanto in usufrutto; e se concorresse con altri dovesse averli in proprietà (1).

(1) Per Codice civile italiano le sorti del coniuge si sono molto rialzate, perché gli si è assegnato un diritto sulla eredità del coniuge defunto senza la umiliante condizione della povertà — Il diritto è sempre in usufrutto, perchè non-avendo il coniuge defunto considerato nel suo testamento il à sopravvivente, è segno che questi non merita di più — Ma la quota di usufrutto varia a seconda degli eredi co' quali il coniuge concorre — Se vi sono figli o discendenti, il coniuge à diritto all' usufrutto di una porzione eguale a quella che spetterebbe a ciascun figlio a titolo di legittima, comprendendo nel numero de' figli il coniuge: se non vi sono figli o discendenti ma ascendenti, il coniuge à diritto al terzo, art. 812, 813 ed 814.

Le ragioni che àn consigliato il legislatore a dare al coniuge tali diritti sono parecchie, cioè;

1. Si deve presumere in grado eminente tra coniugi quell' affetto su cui poggia il sistema ereditario legale.

2. Il mutuo soccorso, che si annovera tra i fini principali del matrimonio, e che viene dalla legge civile sanzionato come dovere giuridico, art. 132, sarebbe sconosciuto ne' suoi effetti quando lo si facesse cessare con la vita di uno de' coniugi.

3. Ponendo a raffronto i doveri tra ascendenti e discendenti, e quelli tra marito e moglie, ognuno resta dubbioso a dire quali sieno più sacri e di una maggiore importanza sociale.

4. Da' doveri tra coniugi germinano i doveri fra genitori e figli.

Riconoscendo pertanto il Codice un diritto di riserva a favore del coniuge sopravvivente, altro non fece che trarre dagli stessi principii una medesima conseguenza.

Ma i diritti del coniuge mancano se vi sia stata separazione coniugale per sua colpa art. 812 — La colpa nella separazione importa sempre trasgressione di doveri, la quale dovea esser punita mettendo in movimento la molla dell'interesse. Oltre di che la separazione fa supporre che nel coniuge non colpevole sia mancato ogni affetto, e non si potrebbe ammettere un diritto alla successione contro la espressa volontà del defunto, e dopo che già si sono ricono-

Digitized by Google

§ 585. Se non che, per riguardo alla legittima vi sono quattro regole.

1. La prima è che la legittima dev'essere lasciata franca, libera, ed esente da ogni peso, termine, o condizione L. 32 e 36 Cod. *de inofficioso testamento* 3. 28. La ragione è che se per poco il testatore potesse in qualunque modo intaccarla, verrebbe ad esser ferito il diritto che la Legge concede a' legittimarii per le alte ragioni morali e sociali, di cui abbiamo innanzi discorso (1).

---

sciuti i demeriti del coniuge sopravvivente con sentenza passata in giudicato.

V' ànno intanto altre disposizioni comuni, così al coniuge che al figlio naturale.

La prima è che la porzione ad essi dovuta non porta diminuzione alla legittima spettante a discendenti legittimi ed agli ascendenti, e forma così una detrazione della parte disponibile, art. 818 — La ragione è che non conveniva recar pregiudizio a diritti sacri di que' legittimari — Il Codice è stato più largo verso il coniuge e i figli naturali, assottigliando la disponibile, e limitando sempre più i diritti del testatore — Per riguardo al coniuge, questi detrae ben poco dalla disponibile, dal momeato che la quota a lui spettante si riduce soltanto a usufrutto — Non così è pe' figli naturali a' quali spetta la quota in proprietà, ma il legislatore à considerato che per essi sarebbe stato contrario a tutti i principii di ragione e di giustizia, far sopportare a' figli legittimi la colpa de'loro genitori, scemando per effetto di questa la porzione di eredità che la legge loro vuole riservata. Anziè a sperare che ciò serva anche di maggior ritegno a mancare a' principii morali.

La seconda è che i figli legittimi ànno facoltà di soddisfare la quota de'figli naturali in danaro o in beni immobili ereditari a giusta stima, art. 815 capov., e che gli eredi possono soddisfare alle ragioni del coniuge o mediante l' assicurazione di una rendita vitalizia, o mediante l' assegno de' frutti di beni immobili o capitali ereditari, art. 819. Si avverta che nel primo caso la facoltà è data a' soli figli legittimi, e nel secondo si dà a qualunque erede fosse pure estraneo — Or la ragione di quel primo caso è che si è cercato di far restare nella famiglia legittima i beni ereditarii, e la ragione del secondo è di evitare ogni imbarazzo nella divisione ereditaria — Si avverta inoltre che il figlio naturale può esser pagato o in danaro o in immobili ereditari, e il coniuge o in rendita vitalizia o mediante l' assegno de' frutti di beni immobili o di capitali ereditarii, e la ragione è che il figlio naturale è diritto ad una quota di beni ed il coniuge è diritto ad una quota di semplice usufrutto.

La terza è che il coniuge e il figlio naturale per le quote di usufrutto o di proprietà rispettivamente loro attribuite, godono degli stessi diritti e delle stesse garenzie di cui godono i legittimarii riguardo alla legittima, art. 820 — Da ciò si vede che il diritto de' figli naturali e del coniuge non è vera legittima, non quota di eredità, della quale tra poco parleremo, ma è una specie di credito — l che anche traluce da che pe' disccedenti e per gli ascendenti la legge parlai sempre di porzione legittima e li alloga sotto la Sezione IV, e pe' figli natural e pel coniuge parla invece di *diritti* e ne tratta in Sezione a parte che è la V. Se i diritti del coniuge e de' figli naturali costituiscono o no una quota di eredità, è punto oggi controverso, ma la dottrina e la giurisprudenza inclinano a ritenere l'affermativa.

(1) Teoria uniforme, art. 808.

Digitized by Google

2. La seconda è derivata non dal Diritto Romano, ma da un Giureconsulto del Medio Evo (Mariano Socino) onde è chiamata *cautela di Socino*. Con essa si stabilisce che se il testatore che sia obbligato a dar la legittima, assegni al legittimario cose che nell' insieme sono di valore superiore alla legittima, e gl' impone delle limitazioni o de' pesi, può ordinargli o di star contento a ciò che gli assegna, ovvero di prendersi la legittima dovutagli per legge. Così, se il testatore dispone di un usufrutto o di una rendita vitalizia, il cui reddito eccede quello della porzione disponibile; ovvero dispone della nuda proprietà di una quota eccedente la porzione disponibile, il legittimario avrà la scelta o di eseguire le disposizioni, o di abbandonare nel primo caso la proprietà, nel secondo l' usufrutto della quota disponibile (*Arndts Pandette* § 595. *Voet ad Pandectas Tit. de inofficioso testamento* n. 64. *Tit. de usufructu* n. 13).

Vogliamo dar due esempii per tutti e due i casi.

a) Il testatore, il cui patrimonio dia un reddito netto di Lire ventimila, dispone, mentre lascia de' figli, a favore di un terzo di una rendita vitalizia di lire quindicimila, o di un usufrutto che dia il reddito di quindicimila lire — I legittimarii conseguirebbero per intero la proprietà, ed avrebbero la quarta parte del reddito — Or essi ànno la scelta o di eseguire la disposizione testamentaria, ovvero di prendersi la legittima, conseguendo la metà del patrimonio, sì in proprietà che in usufrutto.

b) Il testatore, che à un patrimonio di lire centomila, dispone a favore di un estraneo, di due terze parti della nuda proprietà, restando ai legittimarii un terzo di proprietà e l' intero usufrutto — Anche in questo caso i legittimari, se non vogliano rispettare la liberalità fatta in favore di quell' estraneo, ànno il diritto di conseguire metà dell' asse ereditario in piena proprietà.

Le ragioni di questa cautela Sociniana son quattro. La prima è che il testatore assicura al legittimario non solo la quota dovutagli ma più di essa, sebbene gliela dia con modalità diverse, e il modo rientra qui in una operazione di puro calcolo — La seconda è che con la scelta data al legittimario, questi à sempre salva la legittima voluta dalla legge — La terza è che la quota legittima è intangibile dal testatore, ma lo è nell' interesse del legittimario, per lo che se questi consente alla disposizione fatta, non v' à motivo a rigettarla: ciascuno è Giudice del proprio interesse, e la Legge suol rassegnarsi alla volontà dell' interessato quando diversamente non consigli l' ordine sociale — La quarta ragione è che l' eccedenza è talora lievissima, e le perizie di usufrutto sono sempre incerte e proble-

Digitized by Google

matiche , onde era conveniente un componimento che aggiustasse gl' interessi divergenti (1).

Segue da quanto si è detto che o il legittimario accetta il testamento come giace, ed in tal caso non vi è più controversia — Se invece egli sceglie la legittima, tutta la disponibile passa a quell' estraneo in cui favore il defunto à testato. Qualora poi codesto estraneo rifiutasse tale disponibile abbandonata dal legittimario, i beni si devolveranno ab intestato al legittimario medesimo (2).

La terza regola è relativa al punto della qualità caratteristica della legittima, se cioè sia quota di eredità o quota di beni. Gl'interpetri del Diritto Romano generalmente ritengono che la legittima è una poszione dei beni lasciati dal defunto, non già una porzione della eredità di lui (*pars bonorum* non *pars hereditatis*), cioè il legittimario ha il diritto ad una quota di beni, e non ad una quota dell'eredità. L. 6. Cod. *de inofficioso testamento* 3. 28. Fr. 8. § 8. *de inofficioso testamento* 5. 2. Il che significa che il legittimario à per la legittima una specie di credito verso l' eredità del defunto, ma non è come erede un continuatore della personalità giuridica di lui, perchè la legittima provviene non dalla volontà del defunto, invece à dovuta al legittimario per sola forza della legge.

Per Diritto Romano l'erede doveva essere nominato dal defunto, essendo riservato alla persona che muore la scelta del proprio continuatore, e non potendo la legge imporglielo. Sotto questo rispetto si vedono le disposizioni del diritto tanto dure a richiedere la nomina dell'erede per aversi la validità del testamento, come vedremo parlando della istituzione di erede, e perciò l'erede istituito anche per una cosa singola prendeva tutto l'asse come si è detto al § 551. I Romani erano attaccati all' esistenza di un erede, al segno che la mancanza di questo riusciva ingiuriosa e di disdoro per la memoria dei trapassati, e voleano in certo modo lottare con la morte e vincerla, sopravvivendo ad essa col continuatore della propria persona.

Il pensiero è delicato e il principio è nobile e da esso scendeva la conseguenza che il legittimario non istituito erede, ovvero istituito per la sola legittima, non era continuatore giuridico del defunto, non era erede, ma era quasi un creditore della legittima verso l'asse ereditario. La sua quota non era *hereditatis*, ma era *bonorum*.

Però dall'essere il legittimario quasi un creditore e non un erede, accadeva, come vedremo parlando del diritto di accrescere, che mancando in qualunque modo uno degli eredi istituiti per testamento,

---

(1) Teoria uniforme, art. 810.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 810.

Digitized by Google

la porzione del mancante si accresceva all'altro coerede istituito, e non al legittimario, perchè questi non aveva veste per raccogliere la porzione ereditaria di colui che era mancato, e ciò era dannoso pei legittimari. Ma il danno era compensato con l'utile che per quello stesso principio altrimenti gli provveniva, principalmente perchè se i debiti dell'eredità ne sorpassavano le forze, il legittimario non era obbligato a pagarli, come avrebbe dovuto l'erede che avesse accettato senza benefizio d'inventario, ma si liberava restituendo ciò che aveva avuto per legittima; e perchè il figlio istituito nella sola legittima poteva revindicare il suo fondo che fosse stato alienato dal padre, mentre se fosse stato vero erede non l'avrebbe potuto per l'obbligo che avea di rispettare il fatto del suo autore. E così per qualche altro caso sparso nel corpo del diritto (1).

La quarta regola è che se il testatore non lasci legittimarii può disporre a suo piacere di tutti i beni suoi. In tal caso mancano le ragioni di ordine morale e sociale di cui abbiamo parlato al § 584, e che àn suggerito al Legislatore d'imporre la legittima (2).

---

(1) Il Codice Civile parte da principio totalmente contrario, ma nelle sue conseguenze riesce però equitativo.

Per Codice Civile la legittima è quota di eredità e non quota di beni, art. 808. Il legittimario è un erede al pari degli eredi testamentarii, art. 720 e 805 — Per la validità del testamento non si richiede più la istituzione dell'erede, art. 759 e 760. Chi è istituito per cosa singola è sempre legatario art. 760 — Nè per pubblica opinione riesce di disdoro il non lasciare eredi.

La delicatezza dei pensieri e la nobiltà dei principii han ceduto di fronte alla realtà. Dal momento che il legittimario si prende una quota dei beni del defunto, con tutta evidenza è un erede non un creditore, art. 760.

Essendo dunque il legittimario un erede e non un creditore, ne vien di conseguenza ch'egli deve pagare i debiti anche oltre le forze ereditarie se non abbia accettato col beneficio dell'inventario, art. 968 e 1027, e non può rivendicare un qualche suo fondo che dal genitore fosse stato alienato, perchè egli come erede deve rispettare il fatto del suo autore, art. 1482 — Siccome non può, rinunciando alla eredità, domandar la legittima e ritenere le donazioni, ma invece se rinuncia all'eredità perde la legittima e ritiene le sole donazioni art. 808 e 945. La cosa è dura, ma è addolcita dall'utile che gli provviene in forza di quello stesso principio, cioè che mancando uno degli eredi istituiti per testamento, e non essendovi il ligame necessario per costituire il diritto di accrescere, la porzione dell'erede testamentario mancato, non va all'altro coerede testamentario, com'era per Diritto Romano, ma va all'erede legittimo, art. 883 e 948.

Sembra poi che per Codice Civile la legittima sia quota di eredità pe'soli discendenti ed ascendenti, e sia invece un'azione creditoria pe'figli naturali e pel coniuge, siccome abbiamo detto nella nota al § 585 discorrendo di essi.

(2) Teoria uniforme art. 809.

Digitized by Google

Sanzioni per l'osservanza del precetto d'istituire o diseredare, e per la salvezza della legittima.

§ 586. Ad esser precisi sopra questo punto, conviene distinguere bene i casi diversi, e i tempi diversi per ciascun caso.

Se il padre non istituiva nè diseredava *nominatim* i figli maschi di primo grado, cioè se li preteriva, il testamento era nullo e la nullità facea cadere il testamento intero, cioè non solo la istituzione di erede, ma anche i legati, fedecommessi ecc. Se le figlie e i nipoti non fossero stati nè istituiti nè diseredati *nominatim* o almeno *inter caeteros*, cioè se fossero stati preteriti, il testamento non era nullo, ma essi avevano diritto di ottenere una porzione della eredità — Tale porzione era la metà di tutti i beni paterni se fossero stati istituiti eredi estranei; ovvero la parte virile (cioè la parte che loro sarebbe spettata se il defunto fosse morto intestato), quante volte fossero stati istituiti eredi i figli di primo grado.

Per riguardo a'figli emancipati, avendoli il Pretore chiamati a succedere con l'editto *unde liberi* come ogni altro figlio legittimo, dispose pure che dovessero essere istituiti o diseredati nel modo stesso degli altri figli, e in mancanza diede loro il possesso de'beni *contra tabulas*, il qual possesso non rendeva nullo il testamento, ma ne impediva la esecuzione, e la eredità si considerava ne'suoi effetti come intestata, mantenendosi l'obbligo di pagare i legati ed altri pesi imposti dal testatore. Un Rescritto di Marco Aurelio limitò la *bonorum possessio* deferita alle femine ed a'nipoti alla sola parte virile, cioè a quella che loro sarebbe spettata se il defunto fosse morto intestato.

I figli adottivi fino a'tempi di Giustiniano erano equiparati ai legittimi perchè passavano sotto la potestà dell'adottante, onde doveano essere istituiti o diseredati da costui, e se fossero stati preteriti annullavano il testamento — Ma avendo Giustiniano distinto l'adozione piena degli ascendenti dalla meno piena degli estranei, e non essendosi conferita la patria potestà all'adottante con adozione meno piena, ne seguiva che in quest'ultimo caso il figlio adottivo poteva essere preterito.

I postumi o quasi postumi se non fossero stati istituiti o diseredati, cioè se fossero stati preteriti, rompevano il testamento.

Ma Giustiniano semplicizzò le cose, ed ordinò che i figli di primo o di secondo grado, nati o nascituri, maschi o femine, sotto la patria potestà o emancipati, dovessero tutti essere istituiti o diseredati *nominatim*; che la preterizione de'figli emancipati producesse la *bono-*

Digitized by Google

rum possessio contra tabulas piena ed intera; e che la preterizione di tutti gli altri menasse alla nullità del testamento. L. 4. Cod. *de liberis praeteritis vel exheredatis* 6. 28. Da quel tempo non fu più possibile la diseredazione de'postumi, perchè, avendo Giustiniano designate le cause per le quali alcuno potea essere diseredato, esse mancavano sempre in un nascituro, il quale è sempre innocente—Onde accadeva che se il postumo non fosse stato istituito, avrebbe rotto il testamento (1).

2. Parlando della diseredazione abbiamo detto che da prima il padre di famiglia potea diseredare il figlio *pro lubitu* senza designazione di cause; che di poi si richiese una qualche ragione soddisfacente, la quale veniva riconosciuta *arbitratu boni viri*, e che finalmente Giustiniano designò le cause precise e tassative per le quali alcuno potea essere diseredato.

Or quando il testatore potea diseredare *pro lubitu*, non vi era alcun rimedio, e il testamento restava sempre fermo. Quando la ricognizione della giusta causa venne rimessa all'*arbitratu boni viri*, e la causa si trovava ingiusta, il testamento era rescisso, cadeva del tutto, e si apriva la successione intestata —Quando finalmente vennero designate le cause da Giustiniano, questi ordinò che il testamento potesse essere rescisso nella sola parte della istituzione di erede, e i legittimarii per tal parte sola succedessero ab intestato, e restassero intatte le altre disposizioni testamentarie. — Sembrò a Giustiniano che la ingiuria derivante da una diseredazione ingiusta fosse abbastanza soddisfatta annullandosi la sola istituzione di erede e facendosi rimanere salvi gli altri capi (2).

3. In caso di lesione della legittima, sia che non si fosse affatto lasciata, sia che si fosse lasciata bensì ma non intera, il legittima-

(1) La preterizione non costituisce per Codice civile una teoria speciale, perchè non vi è caso in cui alcuno, che abbia diritto alla legittima, possa per legge, oltre di questa, ottenere altro dalla eredità del defunto — La nullità e la rescissione del testamento, che si ammettevano in Diritto Romano pel solo fatto della preterizione del legittimario, oggi non vi sono — Oggi si è mantenuto forte il solo istituto della legittima, la quale, se non è intera, mena alla riduzione delle disposizioni testamentarie, art. 821 e seguenti.

Come si vede, se l'autorità del testatore si è in qualche modo scemata per la soppressione dell'istituto della diseredazione (che sempre era un'arma nelle mani di lui, benchè da principio si fosse inventata in favore de'figli), l'autorità del testatore medesimo à acquistato terreno con la soppressione de'gravi effetti della preterizione, i quali effetti eran tutti a vantaggio de' legittimarii La preterizione non mena più ad effetto alcuno, e soltanto la legittima à sempre e in tutti i casi la sua forza.

(2) La diseredazione non è stata ritenuta dal Codice civile — Vedine le ragioni in nota al § 583.

Digitized by Google

rio avea il diritto di far rescindere il testamento paterno. Ma tale diritto mancava se la legittima si fosse avuta nel testamento per altro titolo, come per legato, donazione ecc.

Giustiniano variò questo punto e dispose che alla validità dell'istituzione non bastava che il discendente o l'ascendente ricevessero la loro quota per un titolo qualunque, ma era d'uopo che la ricevessero per l'onorevole titolo d'istituzione. Sicchè non era sufficiente che il testatore avesse lasciato a quelli la legittima, ma era necessario che lasciando loro la legittima, li istituisse eredi — Come sanzione di tal precetto fu permessa la rescissione del testamento. Ma i figli trovavano sempre una ragione di nullità per la preterizione.

Inoltre Giustiniano previde due altri casi, cioè quello in cui il legittimario niente avesse ricevuto, e quello in cui lo si fosse istituito, ma senza dargli la legittima intera. Nella prima ipotesi, cioè per la preterizione assoluta del legittimario, senza che vi fosse stata la istituzione di lui in erede, il testamento era nullo per riguardo ai figli, ed era rescindibile per gli ascendenti e pe' fratelli e per le sorelle.

Nella seconda ipotesi poi, cioè se la legittima non si fosse lasciata intera, i legittimarii, qualunque essi fossero, avean diritto ad un supplemento (1).

Giova di fare qui un avvertenza ed è che della nullità, rescissione, e rottura del testamento, di cui si è innanzi discorso, si darà idea piena e si parlerà distesamente trattando de'modi co'quali i testamenti restano invalidati (2). Ma conviene fin da ora sapere che la differenza tra la nullità e la rescissione, è ne'casi ordinarii la caducità totale del testamento in forza della nullità, e la caducità della sola istituzione di erede in forza della rescissione, la quale lascia salvi i legati.

§ 587. Per altro, una delle sanzioni per la salvezza della legittima, quella sanzione cioè che più si accosta alle vigenti Leggi, stava nella riduzione delle liberalità fatte dal defunto.

Per far salva la legittima è permessa la riduzione delle liberalità, siano queste fatte per testamento, siano fatte per donazione—L'uomo,

---

(1) Oggi la cosa è semplice — Al legittimario spetta la legittima, per la legittima non v'è alcun bisogno d'istituzione di erede, art. 805 ed 806, e il legittimario, il quale domandi la riduzione delle liberalità del testatore come eccedenti la porzione disponibile, deve imputare alla sua porzione legittima le donazioni e i legati a lui fatti, salvo che ne sia stato espressamente dispensato, art. 1026.

(2) In tal punto si darà anche il confronto corrispondente col Codice Civile

Digitized by Google

che à obblighi così sacri per quanto sono i doveri naturali convalidati dalla Legge, la quale impone di riservare una quota di beni a'più stretti congiunti, non può farne sperpero con eccessive generosità verso gli estranei — *Nemo liberalis nisi liberatus.*

Ma la riduzione può farsi alle sole liberalità sia per atto tra vivi, che a causa di morte, non già alle alienazioni fatte dal defunto a titolo oneroso — Vero è che la legittima è un debito, ma la esistenza di un debito qualsivoglia e per qualunque titolo non pone ostacolo al commercio della vita, allo scambio ed alla vendita de'beni, altrimenti tutti i negozii resterebbero paralizzati.

Resti dunque fisso che i legittimarii ànno diritto a preferenza su chi à avuto o deve avere, per parte del defunto, beni a titolo gratuito, non già su chi li à avuti o li debba avere a titolo oneroso — Gli atti a titolo oneroso rimangono sempre fermi (1).

Ciò posto è a vedere quando il legittimario può domandare la riduzione delle liberalità fatte dal defunto, quale è il tempo a cui debba riportarsi la valutazione de'beni, quali cose debbono detrarsi da tale valutazione, e in quali casi e per qual modo si operava la riduzione.

La riduzione può domandarsi soltanto dopo la morte del testatore, e non prima, perchè con la morte di lui si trasferisce il diritto a'legittimarii—Segue da ciò che dopo la morte, e non prima, i legittimarii possono attaccar di frode gli atti in apparenza onerosi, fatti dal defunto in sua vita per diminuir loro la legittima—Ciò accade sovente per le figlie femine, che sogliono con codesti artifizii esser private della giusta parte da'genitori per arricchire i figli maschi e mantenere il lustro in famiglia (2).

Il momento della morte del testatore è il tempo a cui deve aversi riguardo per stabilire la quanti del patrimonio (3). Per proce-

(1) Teoria uniforme, art. 821, e seg. 1091 e seg.

(2) Teoria uniforme, art. 821, ed oggi tanto più in quanto che la legittima è quota di eredità, art. 808, onde deve aprirsi la eredità per esercitare il diritto di riduzione e far salva la legittima.

(3) Teoria uniforme, art. 822. Ma il Codice Civile in tale articolo aggiunge che, per le donazioni da ridursi, i beni mobili debbono calcolarsi secondo il valore al tempo delle donazioni pel nuovo prinicpio che ne'mobili il possesso vale per titolo; e che gl'immobili debbono calcolarsi secondo lo stato al tempo delle donazioni, e il valore al tempo della morte del donante, perchè si considerano i beni donati come se si fossero trovati sempre nel patrimonio del defunto nello stato in cui erano quando li donò. Onde segue che — 1. gli aumenti e le deteriorazioni naturali avutisi nell'intervallo tra la donazione e la morte del donante, della cui eredità si tratta, non giovano nè nuocciono al donatario — 2. che se il donatario vi à commesso de'danni ne deve dar conto

Digitized by Google

dere alla riduzione delle liberalità, bisognava fissare un punto per stabilire a quanto ammontavano i beni del testatore, e qual'era il loro valore, perchè i beni possono avere un aumento (ad esempio per un alluvione), ed una diminuzione (ad esempio per un terremoto) — Or il punto è quello della morte del testatore, per la ragione che allora si trasferisce il diritto ne'legittimarii — Di regola poi l'aumento o la diminuzione dell'eredità non giova nè nuoce a'legatarii dovendo questi avere ciò che è stato loro lasciato riportandosi al tempo della morte del testatore, ma giova o nuoce agli eredi e a'legittimarii (1). A'legatari giova o nuoce soltanto l'aumento o la diminuzione naturale della specie legata, come si vedrà parlando de'legati.

Dalla massa de'beni dèbbono detrarsi i debiti, formando questi un passivo della eredità, la quale deve essere liquidata nel suo attivo per potere operare la riduzione — La parola *debiti* deve però intendersi in senso lato, e comprendervi non solo il vero passivo del testatore, ma anche tutte quelle spese le quali debbono sopportarsi da tutti gli eredi e così le spese funerarie, e quelle fatte *ad suscipiendam hereditatem*, come per gl'inventarii ecc. (2).

Resta però a vedere in quali casi precisi e per qual modo la riduzione si operava—La cosa era alquanto intrigata, e bisogna tornar con la mente a qualche punto già esposto innanzi.

Per la legittima v'era doppio obbligo, cioè di lasciarla intera, e d'istituire erede il legittimario almeno sulla quota legittima che gli spettava, avvertendosi, come abbiamo detto innanzi, che la istituzione nella sola legittima non conferiva la qualità di erede, perchè la legittima era considerata come quota di beni.

Or quattro casi potevano verificarsi.

1. O il legittimario era istituito puramente e semplicemente erede in tutta la sostanza ereditaria senza che il testatore avesse parlato di legittima, ed allora egli era erede, e come tale si prendeva la sua quota di eredità che potea essere molto più elevata della legittima.

2. O il legittimario non era istituito erede, e niente avea, ed allora come preterito potea far annullare il testamento e succedere ab intestato.

— 3. che se il donatario vi operò delle migliorie, l'ente ereditario non deve entrare nella massa che pel valore che avrebbe senza queste migliorie.

(1) Teoria uniforme, anzi oggi la teoria medesima è più sicura, perchè oggi la legittima è quota di eredità, art. 808, e l'erede è quello che deve subir le vicende de'beni ereditarii.

(2) Teoria uniforme, art. 822.

Digitized by Google

3. O il legittimario avea la sua legittima, ma non era istituito erede, ed allora potea far rescindere il testamento e succedere del pari ab intestato.

4. O finalmente il legittimario era istituito erede, dandoglisi la legittima, ma i beni datigli non raggiungevano la quota che gli spettava, cioè la legittima non era intera, ed allora egli avea diritto a un supplemento.

Or non è à soffermarsi sul primo caso, perchè quando il legittimario fosse stato istituito erede senza restrizione alla sola legittima, non avea diritto a lamentarsi, dal momento che egli, se non trovava la sua legittima salva, potea far ridurre i legati a base della Legge Falcidia che gli assicurava la quarta parte della eredità, come vedremo in appresso, e se ciò non ostante non avesse avuto la legittima intera, egli potea far ridurre le donazioni per assicurarsi pienamente la quota dovutagli come legittimario.

Nel secondo e nel terzo caso, cioè se il legittimario non fosse stato istituito e niente avesse avuto, ovvero se avesse avuto la legittima senza essere istituito, egli poteva far annullare o rescindere il testamento, e succedere ab intestato — E se, succedendo ab intestato, non trovava la sua legittima per le donazioni precedentemente fatte dal testatore, poteva il legittimario farle ridurre fino al segno da mantenersela salva — Codesta facoltà spettava al legittimario tanto nella successione testata, che si fosse convertita in intestata per la nullità o rescissione del testamento, quanto nella successione vera e propria intestata per mancanza di testamento—Il legittimario deve aver sempre salva la sua legittima dalle liberalità del defunto, perchè chi à l' obbligo di dar la legittima ad altri, non può esser liberale prima di aver soddisfatto a tal dovere — Dopo aver messo i figli al mondo, dopo aver avuta la vita da'genitori, non si può esser generoso con altri senza assicurare l'obbligo della legittima verso di quelli. Sicchè il legittimario che fosse erede intestato, o che fosse divenuto tale per nullità o rescissione del testamento, avea il diritto di far ridurre le donazioni fino alla misura della legittima.

Nel quarto caso poi, cioè se il legittimario fosse stato istituito erede nella legittima, senza che gli si fosse lasciata intera, egli avea diritto al supplemento, cioè a vederla compiuta.

Codesto era il sistema romano per riguardo al modo di operare la riduzione, sistema che si mostra intrigato pel doppio diritto che aveano i legittimarii, cioè di aver la legittima, e di essere istituiti eredi (1).

---

(1) Per Codice civile la teoria si è semplificata perchè il legittimario non à più il doppio diritto di aver la legittima e di essere istituito erede, ma ne à

Digitized by Google

Istituzione di erede.

§ 588. Abbiamo già detto innanzi al § 551 che è erede chi è chiamato a succedere ne'diritti e negli obblighi del defunto, di cui diviene continuatore e giuridico rappresentante, e che è erede testamentario quegli a cui è per testamento conferita la nomina di erede, ed attribuito il diritto di successione nella universalità o in una quota della università dei beni.

---

uno solo, cioè il primo di questi due — Si è tolto il secondo per non essersi data più importanza alla istituzione di erede per la validità del testamento, come più volte abbiamo detto, e come in altri punti dovremo ripetere.

Maggior semplicità si è potuta pure avere perchè non si è ritenuta dal Codice la teoria della legge Falcidia, per la quale a qualunque erede era assicurata la quarta parte della eredità con facoltà di ridurre i legati.

Sicchè, tolto il rigore della istituzione di erede in favore del legittimario, tolto anche il diritto a qualunque erede di aver sempre la quarta parte de'beni e di poter ridurre i legati, è rimasto soltanto che il legittimario debba avere la sua legittima sempre salva, e sono facili le norme per eseguirsi la riduzione delle liberalità fatte dal defunto sia col testamento, sia con le donazioni.

Tra le liberalità fatte per testamento, sia con istituzione di erede o con legati, e le liberalità fatte per donazione v'è doppia differenza in quanto alla riduzione in favore de'legittimarii.

La prima è che le liberalità per testamento vanno ridotte prima delle liberalità fatte per donazione — La seconda è che le liberalità per testamento si riducono tutte, qualunque esse siano, in modo proporzionale, anche quando dipendano da testamenti diversi, sicchè tutte quante queste liberalità risentono della riduzione, mentre le liberalità per donazioni si riducono per ordine di date — La ragione è che le liberalità per testamento prendono tutte vigore con la morte del testatore, e quelle per donazioni anno forza tostochè ciascuna donazione è fatta. Applicando la regola—*prior in tempore potior in jure*—si trova che le donazioni sono più rispettate per quanto sono più antiche, e che niuna delle liberalità per testamento si sottrae dalla riduzione, perchè tutte anno un solo tempo, che è l'ultimo, cioè quello della morte del testatore, art. 823, 824, 1091, 1092, 1093.

Però potendo il testatore disporre a suo piacere de'beni che vengono a sorpassare la quota dovuta a'legittimarii, gli è fatta facoltà di dichiarare, che una sua liberalità abbia effetto a preferenza delle altre, e che sia riducibile dopo che tutte le altre sue liberalità siano state ridotte, art. 825.

Per regola la legittima spetta al legittimario sopra i beni ereditari in specie, art. 808. Egli non può essere obbligato a ricevere l'equivalente in valori diversi, e perciò se il legato soggetto a riduzione sia di un immobile, la riduzione avrà luogo separandosi dall'immobile medesimo una parte del valore che la legge attribuisce al legittimario, non essendovi altri beni della stessa natura — La legge però dovea portare un temperamento alla regola, e fare eccezione nel caso in cui l'immobile legato non possa comodamente dividersi. Ed allora l'immobile intero, salvo il ristoro, resterà al legatario ovvero al legittimario applicandosi la massima—*major pars trahit ad se minorem*, art. 826.

Digitized by Google

Or per Diritto Romano si richiedeva precisamente la istituzione di erede come condizione essenziale per la validità del testamento— *Iulianus ait, tabulas testamenti non intelligi quibus heres scriptus non est.* Fr. 20 *de jure codicillorum* 29.7. — *Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput et fundamentum intelligitur testamenti heredis institutio* Inst. Tit. *de legatis* § 34, 2.20 — *Vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit* Ulpiani *regulae* Tit. 24 § 15. — *Sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.* Fr. 1 § 3 *de vulgari et pupillari substitutione* 28.6.

Ma per qual ragione i Giureconsulti Romani eran così rigorosi per tale istituzione?

La ragione si trova nel genio del popolo romano, il quale volea fare in tutto trasparire la sua forza, e perciò volea mostrarla con la stessa morte, quasichè l'uomo, dandosi un successore che raccoglieva intera e continuava la sua personalità, potesse divenire in certo qual modo immortale.

Ecco perchè presso quel popolo era di disdoro il non avere dopo la morte il giuridico rappresentante nella persona di un erede.

I Legislatori, i quali sempre ritraggono de' costumi, delle abitudini, delle tradizioni del popolo, doveano far pesare nella Legge codesto pregiudizio, e posero perciò come principio che la istituzione di erede fosse necessaria per la validità del testamento (1).

Il testamento, che da principio si facea per legge ne'Comizii, era poi considerato quale legge del testatore — Non è quindi maraviglia che ne'testamenti dovessero adoperarsi termini imperativi e di comando, quali si addicono alla maestà de'Legislatori — *Titium heredem esse jubeo, Titius heres esto,* erano le frasi consuete e sacramentali per le istituzioni, senza che potessero adoperarsi le altre, — *heredem instituo, heredem facio.* Nè era permessa la lingua greca, ma dovea adoperarsi la latina, lingua del Lazio — Ulpiani *fragmenta* Tit. 21, § 1. Tit. 25 § 9.

Di poi, col tratto di tempo, e specialmente sotto gl' Imperatori, furono bandite cosiffatte sottigliezze, e trionfò il principio razionale della libertà nella espressione della volontà.

E venne sanzionato che il testatore potea usare qualunque modo di dire, senza necessità di parole sacramentali, e chela sola volontà di lui dovea esser presa di mira per vedere se vi fosse o no istituzione di erede — E ciò consuona col principio che il testamento

(1) Il genio della vivente società si compiace più della realtà ed è più positivo — Non è di disdoro nella comune opinione il non lasciare eredi, e il testamento è valido anche quando contenga soli legati, art. 759 e 760.

Digitized by Google

è un atto di volontà (*voluntatis sententia*), onde ciascuno può liberamente esprimerla con quelle parole che meglio a lui piacciano — *Quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata, institutio valet, si modo per eam liquebit voluntatis intentio* — *Qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque instrumenti materia conscribere, et quibuscunque verbis uti, liberam habent facultatem.* L. 7. 15. e 51 Cod. *de testamentis* 6. 23. — Fr. 48 pr. e § 1. *de heredibus instituendis* 28. 5 — Fr. 17 *de liberis et posthumis* 28. 2 (1).

La istituzione di erede, che forma uno degli argomenti più importanti della successione testamentaria, deve essere esposta con ordine, affinchè non s' ingeneri confusione nella mente de' giovani.

È il testamento un atto di volontà (*voluntatis sententia*) — La volontà del testatore deve perciò innanzi tutto riunire i requisiti che son proprii di codesta facoltà mentale, e conviene ben vedere in che tali requisiti precisamente consistano per Legge.

Essendo il testamento un atto di volontà, dovrà conoscersi se il testatore possa e fino a qual segno per la istituzione di erede, rimettersi alla volontà altrui.

La volontà del testatore è libera nella istituzione di erede, ma in quante maniere precise può egli farla?

Del pari la sua volontà è libera per la distribuzione delle quote de' beni che lascia, ma che cosa accadrà se non faccia quote, o non le faccia per tutti gli eredi istituiti? Ovvero il testatore pecchi per eccesso o per difetto, facendo le quote e lasciandone qualcuna scoverta, o facendole in modo che ne apparisca qualcuna in più?

E quando manchi taluno degli eredi istituiti perchè non possa o non voglia accettare la eredità, a chi va la quota ch' egli lascia?

Per lo che la teoria della istituzione di erede deve svolgersi in cinque punti.

1. Requisiti che debbono concorrere nella volontà del testatore per la istituzione di erede.
2. Fino a quel segno per la istituzione di erede possa la volontà del testatore rimettersi alla volontà altrui.
3. In quante maniere diverse può farsi la istituzione di erede.
4. Quali sono le norme per la distribuzione delle quote.
5. Diritto di accrescere.

Requisiti della volontà del testatore nella istituzione di erede

§ 589. La volontà del testatore deve riunire tutti i requisiti proprii di tale facoltà mentale, cioè, oltre alla manifestazione della volontà, dev' essere intelligente e libera.

(1) Teoria uniforme, art. 827.

Digitized by Google

Or la volontà non sarebbe espressa, se il testatore non facesse intendere il suo pensiero con le parole da lui adoperate, ovvero non facesse intendere con certezza la persona che egli designa a suo erede.

La volontà non sarebbe intelligente se il testatore incorresse in errore, ovvero l'atto volitivo gli si fosse carpito con dolo.

La volontà non sarebbe libera, se l'atto volitivo si fosse a lui estorto con la violenza.

Laonde — 1. manifestazione della volontà — 2. errore — 3. dolo — 4. violenza — sono i primi quattro punti che si debbono aver presenti nella istituzione di erede.

Per dar forza al testamento, la Legge non può fare a meno di richiedere che sia evidente la certezza della volontà del testatore in tutti quanti gli elementi che vengono a comporla — *Certum consilium debet esse testatis,* Ulpiani *regulae Tit.* 22. § 4. (1).

In altri termini, codesta certezza risulta dalla manifestazione stessa della volontà, senza la quale non potrebbe aversi la successione testata, e dalla determinazione dell'erede, senza la quale non si saprebbe a chi dovessero darsi i beni, e si à inoltre dagli attributi proprii della volontà, cioè dalla intelligenza, la quale mancherebbe per l'errore e pel dolo, e dalla libertà, la quale mancherebbe per la violenza.

Tale è l'esame a farsi, onde parleremo prima della espressione della volontà, e poi dell'errore, ma non terremo discorso del dolo e della violenza, essendosene detto abbastanza ne' § 307 e 308.

Manifestazione della volontà

§ 590. Innanzi tutto è chiaro che si rende inutile la istituzione di erede, quando non può intendersi ciò che à voluto significare il testatore con le sue parole, perchè non sarebbe possibile dare effetto a parole che non ànno senso. Dicendo, ad esempio, il testatore — *Sejo sia erede,* se *Tizio sarà erede* — egli farà cosa vana. Fr. 73. § 3 *de regulis juris* 50. 17, Fr. 16 *de conditionibus institutionum* 28. 7 (2).

L'erede poi dev'essere designato in modo non dubbio. Non è necessario che vi sia il nome di lui, bastando invece una sufficiente indicazione per qualità a lui peculiari. Come, ad esempio — *istituisco erede il figlio primogenito del mio amico Tizio* — ovvero — *istituisco colui che fu erede di mio fratello.* Fr. 17 pr. Fr. 33. pr. *de conditionibus et demostrationibus* 35. 1. Potrebbe anche il testatore riportarsi ad

(1) Teoria uniforme, art. 828, 830 e seg.
(2) Teoria uniforme, arg. art. 830.

Digitized by Google

un documento in cui fosse espresso il nome di quello ch' egli vuole istituire (*institutio mystica*) Fr. 26 e 77 *de heredibus instituendis* 28. 5. Fr. 12 *de bonorum possessione secundum tabulas* 37. 11. (1).

Inoltre per Diritto Romano antico, dovendo alcuna volta adirsi l' eredità fra un certo tempo e mediante parole sacramentali da profferirsi dall' erede (il che chiamavasi *cretio*, come vedremo parlando dell' acquisto dell' eredità), ne seguiva che l'erede dovea essere determinato in una persona certa che avesse potuto adempiere a tale formalità.

Or in tal condizione non trovavansi i postumi, nè trovavansi le persone giuridiche, nè i poveri genericamente nominati; ond' è che essi non poteano essere istituiti eredi, e si consideravano come persone incerte.

Abrogata poi la *crezione* dagl' Imperatori Arcadio ed Onorio, i postumi e le persone giuridiche potettero bene adire la eredità, perchè, tolta di mezzo quella rigorosa forma, essi riuscivano determinati nella loro personalità, e designati in modo non dubbio.

Restò per altro sempre ferma la necessità della determinazione precisa per aversi la istituzione di erede, per lo che quando il testatore non avesse avuto codesta determinazione in sua mente, ma si fosse presentato al suo pensiero l' erede con opinione vaga, non era valida la istituzione a causa dell'incertezza della persona— D'altro canto l'erede dovendo continuare la personalità giuridica del testatore, era mestieri che almeno apparisse alla mente di costui chi potesse essere fra determinate persone.

Il seguente passo di Gaio chiarirà bene tal concetto —*Incerta videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subjicit, velut si ita legatum sit; QUI PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT, EI HERES MEUS DECEM MILLIA DATO — Idem juris est si generaliter omnibus legaverim quicumque ad funus meum venerint. In eadem causa est quod ita relinquitur; QUICUMQUE FILIO MEO IN MATRIMONIUM FILIAM SUAM COLLOCAVERIT, EI HERES MEUS DECEM MILLIA DATO — Illud quoque in eadem causa est quod ita relinquitur; QUI POST TESTAMENTUM CONSULES DESIGNATI ERUNT: nam aeque incertis personis legari videtur, et denique aliae multae hujusmodi species sunt. Sub certa vero demonstratione incertae personae recte legatur, veluti: EX COGNATIS MEIS QUI NUNC SUNT, QUI PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT, EI DECEM MILLIA HERES MEUS DATO.* Gaj. Com. 2. § 238. *Inst. de legatis* § 25. 2. 20.

Dalle quali parole si vede chiaro il concetto che la persona del-

---

(1) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 836.

Digitized by Google

l'erede non era incerta quando o fosse stata determinata, o fosse stata determinabile per qualche avvenimento , fra persone note e presenti alla mente del testatore.

Se la opinione di lui fosse stata vaga intorno alla persona dell'erede, il testamento era nullo.

Codesto punto è importante in diritto Romano e dimostra che se i Giureconsulti andarono molto oltre l' antica rigorosa determinazione dell' erede, non poterono del tutto discostarsi dal principio di una determinazione bastantemente precisa (1).

In quanto poi a' poveri, o la istituzione era fatta nel testamento a vantaggio de' poveri di un luogo pio determinato, o a vantaggio de' poveri genericamente nominati senza relazione a un luogo pio, fosse pure da fondarsi co' beni ereditarii.

Se la istituzione era pe' poveri di un luogo pio già esistente o da fondarsi co' beni ereditarii, come ad esempio un ospizio per gl' infanti esposti, un ospedale ecc. il luogo pio come *pia causa* era persona giuridica e capace perciò di succedere.

Se la istituzione era pe' poveri soltanto genericamente nominati, non avea valore come quella che era stata fatta a vantaggio di persona incerta — Ma col progresso de' tempi, e più che altro con la benefica influenza del Cristianesimo, si giunse finalmente sotto gl'imperatori a stabilire che cosiffatte istituzioni fossero valide , e che i poveri così genericamente nominati non venissero più considerati come persone incerte. E fu anzi ordinato che se il testatore

(1) Il Codice civile dice che la incertezza della persona mena alla nullità della disposizione testamentaria quando la incertezza è tale che non possa essere determinata, art. 830. Per lo che se l' erede o il legatario può essere determinato per qualche avvenimento indicato dal testatore, benchè il testatore medesimo non conoscesse, e non avesse presenti nella mente quelli fra i quali dovrà trovarsi l' erede o il legatario, la disposizione vale — Così oggi varrebbe la disposizione fatta in vantaggio di chi desse la figlia per moglie al figlio del testatore, come del pari varrebbe la disposizione fatta in vantaggio di chi sarà prossimamente nominato Presidente de' Ministri ecc. — La ragione è che il legislatore non si è trovato ligato a precedenti legislativi che avessero richiesto una determinazione rigorosa, nè à dato molta importanza alla istituzione di erede per la validità del testamento.

Inoltre per l' applicazione del principio della certezza nella persona del beneficato, il Codice dichiara la nullità delle disposizioni per l' anima o a favore dell' anima espresse genericamente, art. 831, perchè sarebbe assurdo far figurare l' anima da subbietto giuridico che il testatore abbia inteso di gratificare, e rimane ignota la persona che debba godere de' beni — Che se poi sono indicati quelli che debbano conseguire i beni, e compiere le opere per l' anima, la disposizione varrebbe.

Digitized by Google

avesse designato persona, la quale doveva prender pensiero di attuare la volontà di lui, ella ne rimaneva incaricata; ma se la persona cui si era dal testatore dato incarico non avesse potuto o voluto ingerirsene, ovvero se il testatore non avesse dato incarico ad alcuno, era fatta facoltà al Vescovo di destinare un Economo per compiere il pio desiderio del defunto — In generale poi il Vescovo avea giurisdizione superiore sopra le pie fondazioni (1).

Errore.

§ 591. Abbiamo veduto nel § 306 in che consiste l' errore e bisogna ora svolgerne la teoria per riguardo alla materia testamentaria.

Il testamento à tre rapporti pel tèstatore, cioè per la causa che lo muove a beneficare altrui, per la persona che ne resta beneficata, e per la cosa che forma oggetto della. beneficenza.

Può il testatore errare per la causa che lo spinge, per la persona che benefica, per la cosa che gli lascia — Non vi può essere altro errore possibile.

In qualunque de' tre punti egli erri, il punto medesimo resta infirmato perchè gli è mancata la volontà, che è sempre il gran movente nella materia testamentaria anzi in tutto il diritto Civile.

La cosa apparisce semplice e chiara, ma si offusca tostochè si voglia andare al fondo e attendere alle pieghe diverse per ciascuno di que' tre punti.

Guardiamoli partitamente.

1. La causa è la ragione che à mosso il testatore a beneficare altrui — Se codesta ragione non è espressa nel testamento, questo è la sua forza e sortisce il suo effetto, se pure la Legge diversamente non disponga.

La difficoltà sorge quando la causa sia espressa nelle tavole testamentarie, e non si trovi vera per l'errore in cui incorse il testatore. Può accadere che questi sia stato mosso unicamente dalla causa da lui manifestata, e può verificarsi invece che altre cause da lui non dichiarate sian concorse a muoverlo — Così per esempio, se alcuno istituisce erede un nipote, dichiarando che lo fa perchè il fi-

(1) Per diritto vigente le disposizioni a favore de' poveri od altre simili espresse genericamente, senza che sia determinato l' uso, l' opera pia o il pubblico istituto in cui favore sieno fatte, o quando la persona incaricata dal testatore di determinarlo non possa o non voglia accettare l' incarico, s' intendono fatte in favore de poveri del luogo del domicilio del testatore al tempo di sua morte, e sono devolute all' istituto locale di Carità art. 832.

Digitized by Google

glio è morto in guerra, è certo ch' egli lo fa per la creduta morte del figlio, perchè non v' è amore più intenso e vivo del paterno. E se il figlio creduto morto è invece vivente, il testamento resta senz' altro infirmato. L' errore avrebbe agito sulla volontà del genitore, e questi avrebbe disposto a vantaggio del nipote per l' errore in cui era incorso. Ma se per contrario la causa non è proporzionata all' effetto, il testamento sarà valido — Così ad esempio, se alcuno disponga a favore di altri, e dichiari che lo fa perchè questi à ben gerito i suoi affari, la causa esposta non à proporzione col lascito, altre cause non espresse dal testatore dovettero concorrere a muoverlo, e il testamento resterà fermo.

Tutto sta a vedere se la causa espressa, e che si trovi erronea, sia stata la sola che abbia determinato il testatore a dettare la sua disposizione—Ed il principio di diritto è che se si tratti di errore nella causa da cui sia senz' altro dipesa la istituzione, questa è nulla; e che se si tratti di errore nella causa che non è stata la sola a muover la volontà del testatore, la istituzione è valida. (1) La ragione è evidente — Nell' una ipotesi manca la volontà, e nell' altra non manca — Quando la causa espressa, che parte da un concetto erroneo del testatore, à un rapporto così diretto ed efficace che senza di essa non si sarebbe assolutamente verificata la istituzione, cadendo la causa deve cadere l' effetto, perchè la causa avrebbe agito sulla volontà, e l' avrebbe mossa per l' errore in cui il testatore incorse. Ma se la causa erronea non à quel diretto rapporto di causa ad effetto, se altre cause ignote possano avere apportato la loro influenza; il testamento deve avere il suo valore, perciocchè riluce sempre con certezza la volontà del testatore.

Analoga alla seconda di tali due ipotesi, cioè all' errore che non vizia la istituzione, è la falsa causa. Può accadere che il testatore non creda dichiarare il vero motivo che lo spinge ad istituire alcuno per suo erede, che invece adduca una ragione falsa. In tal caso non vi è errore, perchè il testatore ebbe scienza completa del suo atto, e si vede che altre cause vere e da lui non dette agirono sulla sua volontà.

Or per tale ipotesi il principio di diritto è — *falsa causa adjecta non nocet* — Siano qualunque le ragioni occulte che abbiano spinto il testatore, la Legge vuole rispettata la volontà di lui, anche quando egli non abbia voluto dichiararle, e siesi invece voluto appigliare ad una falsità e ad un pretesto. La volontà del testatore non dev'es-essere mai avversata, perchè alla fin fine ciascuno che dispone dei

---

(1) Teoria uniforme, art. 828 888.

Digitized by Google

proprii beni è padrone di dire e di fare ciò che a lui pare e piace (1).

2. L' errore nella persona si à quando credendo il testatore d' indicare una persona come suo erede, ne indica invece un'altra. *Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore hominis errans, (veluti frater meus, patronus meus) placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur; neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est.* Fr. 9. *de heredibus instituendis* 28. 5. (2)

Ma se l' errore cade nella designazione della persona, e questa d' altronde riesca certa dalle tavole testamentarie, la istituzione è valida — Così ad esempio, se il testatore abbia errato nella indicazione della patria, del cognome, del soprannome dell' erede, e chi questi sia risulti dal tenore dello stesso testamento, *error hujusmodi nihil officit veritati*, per la ragione che ben si sa, *de quo testator senserit.* L. 4. Cod. *de testamentis* 6. 23. Fr. 48. § 3. *de heredibus instituendis* 28. 5. (3)

3. Per intendere l' errore sulla cosa nella istituzione di erede, bisogna ricordare ciò che abbiam detto a' § 551 e 557, val dire che per diritto romano non era soltanto erede chi fosse stato istituito nella universalità de' beni o in una quota di tale universalità, ma anche chi fosse stato istituito erede col lascito di una cosa singola, senz'avere altri coeredi testamentari, perciocchè niuno poteva morire in parte testato e in parte intestato.

Or se alcuno istituito erede si fosse trovato in quest' ultimo caso, cioè gli si fosse dal testatore lasciata una cosa singola senza nominare altri coeredi, e per tale cosa singola il testatore medesimo avesse errato nella sostanza, cadeva il legato e con esso la ragione per la quale era stato istituito, e perciò cadeva la istituzione — Così, ad esempio, se il testatore avesse istituito erede alcuno legandogli una cosa altrui, ed ignorando che la cosa era di altrui, il legatario che per la mancanza di altri coeredi avrebbe raccolto l' intera eredità, niente poteva avere, perchè quel legato era nullo per errore, essendo stato il testatore nella credenza che la cosa fosse propria, e perciò anche per errore veniva a mancar di base la istituzione (4).

(1) Teoria uniforme, art. 828.

(2) Teoria uniforme, art. 836.

(3) Teoria uniforme, art. 836.

(4) Per Codice civile la teoria è diversa — Oggi è erede chi è istituito nella universalità o in una quota, e chi è istituito per una cosa singola è legatario, perchè oggi può alcuno morire in parte testato e in parte intestato, art. 759 e 760. Veggasi quanto abbiamo detto nelle note a' § 551 e 557.

L' errore perciò nella sostanza della cosa può verificarsi ne' soli legati, e in fatti de' soli legati si occupa il capoverso dell' art. 836. Ne parleremo al punto relativo a' legati di cosa altrui.

Digitized by Google

Per altro se l' errore cade sulla indicazione o descrizione della cosa, ma per lo stesso testamento sia certo di qual cosa il testatore à inteso parlare, la istituzione varrebbe — Così se un fondo si fosse male indicato pe' confini, se qualche sillaba nel nome stesso del fondo fosse errata, il legato e per esso la istituzione varrebbero. È antico l' assioma — *Nihil obstat error nominis cum de corpore constat, substantia idest veritas intuenda.* Fr. 54 *de manumissis testamento* 40. 4. (1).

Fino a qual segno, per la istituzione di erede, può la volontà del testatore rimettersi alla volontà altrui, e far dipendere da essa la istituzione fatta.

§ 592. Il testamento è un atto di volontà del testatore (*voluntatis nostrae justa sententia*), e deve perciò riposare sulla sua volontà non sopra quelli di altri. Che se egli si rimettesse ad altri per la nomina dell'erede, il testamento sarebbe fatto per delegazione, sarebbe il terzo e non il testatore quello che dispone, si avrebbe una surrogazione di persona, e ciò non si può perchè il testamento è legge, ed è permesso di dettarla soltanto al padrone de' beni — *Satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.* Fr. 32 *de heredibus instituendis* 28,5.

Varrebbe lo stesso se il testatore nominasse l'erede, ma ne sottoponesse la nomina al volere di un terzo — *si Titius voluerit, Sempronius heres esto.* Fr. 68 *de heredibus instituendis* 28 5. Perciocchè il testatore abdicherebbe alla facoltà data dalla legge soltanto a lui, dal momento che l'assoggetta all'arbitrio di un terzo, e la volontà del terzo varrebbe in tutta la sua forza.

Ma se il testatore non può direttamente far dipendere da altri la disposizione stessa testamentaria, può indirettamente, e per un fatto esterno da lui preso di mira, far dipendere da altri la condizione sotto la quale egli istituisce — *Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione si Titius in Capitolium ascenderit, erit utilis ea institutio.* Fr. 68 *de heredibus instituendis* 28. 5. La ragione è che in questo caso si avrebbe un fatto esterno che è dato come regola al testamento. Tale fatto, che a prima vista può sembrare indifferente, potrebbe invece essere stato gravissimo pel testatore per ragione del rapporto che egli vi annette.

Quando un fatto esterno si è dal testatore considerato per far valere la istituzione, conviene che il giudizio di lui venga rispettato, sia che il fatto dipenda esclusivamente dalla volontà del terzo, come

(1) Teoria uniforme, art. 836.

Digitized by Google

nell'esempio suddetto—*Si Titius in capitolium ascenderit*—sia che non dipenda esclusivamente dalla volontà del terzo, ma vi vada pure unito qualche evento, come — *Si Titius, Consul factus, in Capitolium ascenderit.*

In codesti casi non è la istituzione posta a discrezione assoluta del terzo, ma invece la condizione cui fu soggetta la esistenza della istituzione consiste in un fatto che dipende soltanto dall'arbitrio del terzo, ovvero dall'arbitrio del terzo congiunto ad un evento.

La ragione è che la Legge non dovea apporre limiti alla libertà del testatore. Fino a che gli abbia negato di rimettersi alla volontà altrui, la Legge ha ben fatto, perchè il testamento deve essere la espressione della volontà diretta del testatore. Ma quando indirettamente e nella previsione di un fatto preso di mira dal testatore, venga a giocare la volontà del terzo, debbono essere rispettati gli estremi voleri del defunto (1).

Non sempre si aveano però per Diritto Romano le medesime disposizioni per riguardo all'arbitrio lasciato dal testatore all' erede e non al terzo.

Se il testatore avesse nominato erede Tizio, ed avesse aggiunto che lasciava all'arbitrio di lui di nominarne anche un altro, questa ultima parte della sua disposizione sarebbe stata nulla. Se il testatore avesse nominato erede Tizio ed avesse aggiunto che nominava anche Cajo quante volte Tizio avesse voluto, quest' ultima disposizione sarebbe stata nulla del pari.

Fin quì siamo di accordo con ciò che si è già detto innanzi pel terzo.

Ma se il testatore avesse preso di mira un fatto esterno ch'era ad arbitrio dell'erede, e avesse di quel fatto formata una condizione per la nomina di altro coerede, tale istituzione condizionale era nulla perché fatta a titolo di pena. Così ad esempio, se il testatore avesse detto *Titius heres esto: si Titius filiam suam Sejo in matrimonium collocaverit; Sejus quoque heres esto* — la nomina di Sejo era nulla. § 36 *Inst. de legatis* 2. 20. Gaj. Com. 2 § 243.

Giustiniano per altro variò questo punto, chiamò scrupolosità troppo avanzata quella di non ammettere le istituzioni e i legati a titolo di pena, e diede ad essi validità. L. un. Cod. *de his quae poenae nomine* 6, 41.

Cosicchè da Giustiniano in poi, essendosi data forza alle istitu-

(1) Teoria uniforme, art. 834 — Veggasi il dotto articolo del Prof. Serafini. *Sulle disposizioni di ultima volontà rimesse all'arbitrio di una terza persona* — Archivio Giuridico, volume 4, pag. 166 e seguenti.

Digitized by Google

zioni ed a' legati a titolo di pena, il diritto stabilito per le istituzioni rimesse all'arbitrio di un terzo, fu uguagliato al diritto per le istituzioni rimesse all'arbitrio dell'erede.

Vale a dire la nomina dell'erede rimessa all'arbitrio di un terzo, o del coerede rimessa all'arbitrio dell'erede nominato, non avea valore — Nè anche avea valore la nomina dell' erede sottoposta alla condizione se un terzo volesse, nè la nomina del coerede sottoposta alla condizione se l'erede volesse — Ma ebbe valore la istituzione di un erede, sòttoposta alla condizione di un fatto messo in arbitrio di un terzo, ed ebbe del pari valore la istituzione di un coerede sottoposta alla condizione di un fatto messo in arbitrio del coerede (1).

Se non che sotto altro aspetto può apparire la volontà del terzo nelle istituzioni di erede, quando cioè avvenga che alcuno sia istituito erede sotto la condizione che si verifichi un fatto per lo quale debba concorrere insieme l'opera dello stesso erede e di un terzo— Ciò accadrebbe, ad esempio, se il testatore istituisse erede alcuno sotto condizione che prenda per moglie la sorella del testatore medesimo; ovvero istituisse erede alcuno sotto condizione che gli eriga un monumento in un luogo pubblico — Or è regola, che se il terzo non vuol concorrere con l'erede all'opera che formerebbe la condizione imposta dal testatore, la istituzione resta ferma — E negli esempi ora riferiti, se la sorella del testatore desse un rifiuto al matrimonio, ovvero il municipio si negasse a dare il luogo pel monumento, l'erede si prenderebbe la eredità, come se già avesse tolta colei per moglie, o avesse eretto il monumento. Fr. 14. *de conditionibus et demonstrationibus* 35. 1. Fr. 3 e 23 *de conditionibus institutionum* 28. 7. Fr. 5. § 5 *quando dies legatorum cedat.* 36. 2. Fr. 161 *de regulis juris* 50. 17. La ragione è che il fatto, che forma oggetto della condizione, è unico sebbene sia complesso, e dipendendo dalle due volontà dell'erede e del terzo, l'erede adempie a tutta la sua parte, e si trova di fronte alla impossibilità se il terzo si neghi — Or le condizioni impossibili si ànno come non scritte— La volontà del terzo non può più essere considerata come un evento quando non deve agir da sola ma deve concorrere con la volontà dell'erede (2).

Ma se l'opera da farsi dall'erede con un terzo non possa più compiersi per un evento sopragiunto, e che è estraneo alla volontà dell'erede e del terzo (come sarebbe la morte della sposa prima delle nozze nell'esempio ora indicato) la condizione si reputa mancata. Fr. 31 *de conditionibus et demonstrationibus* 35. 1. L. 4. Cod. *de condi-*

(1) Il Codice civile è uniforme a ciò che dispose Giustiniano, art. 834, 835
(2) Teoria uniforme, art. 848 ed 849.

Digitized by Google

tionibus insertis 6. 46. La ragione è che quando la condizione è anche casuale, l'evento investe la condizione, e l'erede istituito deve correr per l'evento la vicenda della incertezza che vi è propria (1).

Anche sotto altro e diverso aspetto può presentarsi la volontà del terzo, quando cioè il terzo a cui recherebbe danno il verificarsi della condizione, ne impedisca l'avvenimento — In tal caso la condizione si à per adempiuta, per ragione del dolo del terzo. Fr. 81. § 1. e Fr. 110 *de conditionibus et demonstrationibus* 35. 1. Fr. 85. § 7. *de verborum obligationibus* 45. 1. Fr. 50 *de contrahenda emptione* 18. 1. Fr. 161 *de regulis juris* 50. 17. Così se alcuno à istituito erede un estraneo sotto la condizione che la nave torni dall'Asia, e gli eredi legittimi tengano modo da far naufragare la nave medesima, la condizione si à per adempita (2).

In quante maniere può esser fatta la istituzione di erede.

§ 593. Al testatore è assicurata piena libertà, compatibile per altro con l'interesse sociale.

Può perciò egli lasciare all'erede puramente e semplicemente la eredità (*institutio pura*), ovvero può imporgli condizioni (*sub conditione*), ma non può per ragioni, che abbiamo esaminato al § 317 istituire un erede a termine (*in diem vel ex die*).

Può indicare e dimostrare con parole diverse e l'erede e la quota che gli lascia (*sub demonstratione*).

Può esprimere la causa che lo muove a beneficare l' erede (*sub causa*).

Può aggiungere una modalità alla istituzione (*sub modo*).

Può istituire alcuno a titolo di pena (*poenae nomine*).

La istituzione quindi può essere:

Pura e semplice o condizionale, ma non a termine.

Con dimostrazione.

Con causa.

Con modo.

A titolo di pena.

Di codesti punti noi dobbiamo partitamente discorrere, meno però per le condizioni, pel termine, e pel modo, essendosene detto abbastanza ne' § 313 a 318.

(1) Teoria uniforme, art. 848.

(2) Teoria uniforme arg. art. 1169.

Digitized by Google

Istituzione pura, condizionale, e a termine.

§ 594. La istituzione è pura, quando il testatore non la sospende o differisce per alcuna circostanza.

É condizionale, quando il testatore sospende l'effetto della istituzione in vista di un evento incerto e futuro.

È a termine, quando il testatore designi il tempo da cui la istituzione debba cominciare o debba finire.

A potere aver chiara idea del tecnicismo romano giova conoscer la forza delle frasi — *cedere diem* — *venire diem.*

Cedere diem significat incipere deberi pecuniam; venire diem significat eum diem venisse quo pecunia peti possit. Fr. 213 *de verborum significatione* 50. 16.

Vale a dire si adopera la frase *cedere diem* quando alcuno à il diritto e non ne à l'esercizio — Si adopera invece la frase *venire diem*, quando à il diritto e l'esercizio di esso.

E così Tizio fa un legato a Caio di mille lire da darglisi un anno dopo la sua morte: tostochè muore Tizio, *cedit dies* a favore di Cajo, ma *dies non venit* se non a capo di un anno — Se il legato è puro e semplice, *dies cedit et venit statim.*

La istituzione pura, come ad esempio — *istituisco erede Tizio* — produce il suo effetto al momento della morte del testatore, ma di regola si richiede la manifestazione della volontà dell'erede, per la quale manifestazione avremo a tenere discorso parlando dell'adizione della eredità.

Della istituzione condizionale e a termine si è discorso a lungo ne'§ 313 a 317, che quì conviene aver presenti.

Istituzione con dimostrazione.

§ 595. La istituzione con dimostrazione si à quando il testatore dichiara sufficientemente la sua volontà, ma con indicazione diversa dal nome dell'erede (ad esempio, istituisco erede colui che fu anche istituito da mio fratello); ovvero con indicazione diversa dalla designazione precisa della quota (ad esempio, lascio a Tizio tanta parte di eredità per quanta ne ò avuta da mio padre); ovvero quando il testatore dice il nome dell'erede, e precisa la quota, ma vi aggiunge una descrizione (ad esempio, istituisco erede Tizio che fu adottato da Cajo — do a Tizio la metà de'miei beni che lascio, e che ò avuti tutti da mio padre).

Or la istituzione con dimostrazione è valida, perchè il testatore

Digitized by Google

può manifestar come egli crede la sua volontà, e perchè talvolta con la dimostrazione la volontà si manifesta meglio. Ma intanto è principio di diritto che la istituzione con dimostrazione vale anche quando la dimostrazione sia erronea, sempre che però risulti chiaramente in favore di chi siesi fatta la istituzione, e di quale porzione abbia voluto disporre il testatore — *Falsa demonstratio non nocet* — *Demonstratio vice nominis fungitur*. Fr. 17 pr. Fr. 33. pr. Fr. 34 pr. Fr. 40 § 4 *de conditionibus et demonstrationibus* 35. 1. (1). La ragione è che la dimostrazione si riduce ad un chiarimento della volontà, e quando questa è d'altronde certa e chiara, la istituzione deve aver la sua forza, perchè la dimostrazione in codesto caso riesce inutile.

Istituzione con causa.

§ 596. La istituzione è fatta con causa, quando il testatore esprime la ragione che ve lo à indotto, come ad esempio — *Istituisco erede mio nipote Tizio, perchè mio figlio Caio è morto in guerra,* ovvero, *Istituisco mio erede Tizio perchè ha sempre ben gerito i miei affari.*

Può ben farsi la istituzione spiegandone la causa, non essendo ad alcuno impedito di dire il motivo che lo spinge ad una determinata azione (2).

Se però la causa si trovi non vera, si applica la teoria dell'errore e della falsa causa che abbiamo innanzi spiegata al § 591, e alla quale ci riportiamo.

Istituzione a titolo di pena.

§ 597. La istituzione a titolo di pena (*poenae nomine*) accade quando il testatore vuol costringer l'erede a fare o non far qualche cosa che a costui riuscirebbe inutile o ingrata.

Così, per esempio, un testatore il quale sappia che il suo figliuolo propenda a vendere il museo di famiglia, o a non prender moglie per menar vita scapestrata, può istituirlo erede dichiarando che se il figlio venda il museo o non prenda moglie in un dato termine, sia anche erede un altro, ovvero il figlio dia lire centomila all'ospedale del luogo.

Come si vede, la pena può riferirsi ad un atto positivo o negativo dell'erede, e la pena è diretta a costringere l'erede ad un atto che gli ripugna (*coercendi heredis causa*) Gajo, Com. 2, § 235 236 237,

---

(1) Teoria uniforme art. ed arg. art. 836.
(2) Teoria uniforme, art. 828.

Digitized by Google

243. Ulpiani *regulae* Tit. 24, § 17, Inst. § 36 Tit. *de legatis* 2. 20.

Codeste istituzioni di eredi o legati a titolo di pena erano assolutamente vietati in Diritto Romano, e il divieto durò fino al tempo di Giustiniano, il quale invece variò la teoria e li ammise.

Per lo che ne' due esempii ora fatti, il figlio sarebbe stato erede puro e semplice prima dei tempi di Giustiniano, e da questo Imperatore in poi sarebbe stata valida la istituzione del coerede e il legato di pena imposta dal testatore.

Bisogna però conoscer la ragione che mosse i Giureconsulti a vietare cosiffatte istituzioni, e la ragione che indusse Giustiniano a variar di sistema.

La ragione del divieto era delicata e nobilissima — Le istituzioni di erede ed i legati debbono riconoscere la loro origine da un sentimento di benevolenza, e non dal risentimento contro l' erede. È disgustoso il sentire che si sia beneficato alcuno sol per fare un danno e un dispetto ad un altro.

Ma Giustiniano considerò che il titolo di pena nelle istituzioni di erede e ne' legati è una condizione, che chi dona può imporre condizioni, che chi fa testamento dev'esser libero ad imporre quelle limitazioni che crede, e che il divieto delle istituzioni e de' legati a titolo di pena derivava da soverchia scrupolosità—*Hujusmodi scrupolositas nobis non placuit.* L. un. Cod. *de his quae poenae nomine* 6.41.

Si avverta bene però che nelle istituzioni e ne' legati a titolo di pena, la condizione è riposta in un fatto positivo o negativo lasciato all'arbitrio dell'erede o di chi è gravato del legato, appunto per punirlo di aver contravvenuto alla idea del testatore incorrendo in quel fatto, e come mezzo di costringimento per non farvelo incorrere. Si avrebbe in termini più precisi una istituzione o un legato sotto condizione casuale, perchè è sempre un terzo quegli dal cui arbitrio dipende il fatto preveduto dal testatore.

Per altro il titolo di pena essendo una condizione, si segue la regola delle condizioni, e perciò si ànno come non scritte le cose imposte dal testatore a titolo di pena quante volte siano impossibili per natura, per legge, o per buoni costumi.

Tale principio è identico tanto nelle istituzioni di erede e ne' legati sotto condizione, quanto nelle istituzioni di erede e ne' legati a titolo di pena—Sempre nella materia testamentaria si ha come non scritto ció che è impossibile, e l'atto resta fermo.

Ma le conseguenze vengono a riuscire onninamente diverse nelle istituzioni e ne' legati condizionali e in quelli a titolo di pena—Perciocchè la istituzione o il legato condizionale si rendono puri e sem-

Digitized by Google

plici se la condizione è impossibile; e la istituzione o il legato a titolo di pena si rendono nulli e di niuno effetto se è impossibile ciò che ê imposto—La ragione è chiarissima—Nelle istituzioni e ne' legati a titolo di pena la condizione consiste in un fatto lasciato all'arbitrio non di un terzo qualunque, ma di colui che deve pagare—Per costringere alcuno al pagamento, il fatto dev'essere lecito—Ond' è giusto che se si tratti di istituzioni o di legati condizionali ordinarii, e la condizione sia impossibile, questa si abbia come non scritta, e la istituzione e il legato reggano ; ma se si tratti di istituzioni e di legati a titolo di pena , e il fatto preso di mira come condizione è impossibile, la istituzione e il legato non reggono, perchè il fatto impossibile è imposto a chi deve pagare , e non può alcuno esser costretto a pagare se non per causa giusta e lecita.

La pena poi può essere aggiunta come mero accessorio, ad esempio quando si fa un legato di quantità , e si imponga all' erede di dare al legatario un interesse ben elevato, se non paghi quel capitale in un tempo determinato — In tal caso non si à un legato a titolo di pena , perchè in questo il testatore niente dispone in via principale, e soltanto impone una pena se l' erede o il legatario non obbedisca alla sua volontà; mentre quando la pena è accessosia si à in via principale un legato , e la pena si impone per l' adempimento di esso (1).

Distribuzione delle quote

§ 598. Prima di esporre i diversi casi delle distribuzioni di parti nelle eredità, e le regole proprie di ciascun caso, fa mestieri conoscere in qual modo i Giureconsulti Romani dividevano l' asse ereditario, e qual' era il loro preciso tecnicismo al riguardo.

La parola asse (*as*) è di origine greca, e significa il tutto, l'intero. Ed i Giureconsulti Romani solevano chiamare asse (*as*) ogni

(1) Per Codice civile le istituzioni di erede e i legati a titolo di pena vanno classificati fra le istituzioni ed i legati condizionali – Non v' è in fatti differenza fra il caso in cui il testatore avesse detto — *lego* 1000 *lire all' Ospizio dei ciechi se mio figlio istituito erede alienerà il museo di famiglia, o non prenderà moglie fra cinque anni,* — e il caso in cui il testatore avesse detto — *il mio figliuolo erede, se alienerà il museo di famiglia, o se non prenderà moglie fra cinque anni, darà ec.* — Sono applicabili perciò le teorie delle condizioni innanzi esposte, art. 848, 849 e seguenti. Ma anche per Codice civile la condizione impossibile farebbe svanire la istituzione o il legato a titolo di pena e per la stessa ragione del Diritto Romano, cioè che niuno può essere costretto a pagare per causa ingiusta o illecita arg. art. 849, 1119, 1140, 1160.

Digitized by Google

universalità — Così, per esempio, tutto ciò che doveva darsi a titolo d' interessi per un intero anno sopra una somma prestata dicevasi, asse usurario (*as usurarius*). E perciò tutta la massa de' beni ereditarii chiamavasi asse ereditario (*as hereditarius*).

Or il testatore potea dividere l' eredità come meglio parea e piaceva a lui — Eragli in ciò assicurata piena libertà. *Pater familias distribuere hereditatem in tot partes potest quos voluerit* Fr. 13. § 1. *de heredibus instituendis* 28. 5.

Ma i Giureconsulti solevano distinguere la divisione dell' asse ereditario in dodici once — *Sollemnis assis distributio in duodecim uncias fit.* Fr. suddetto.

Tali dodici once aveano tutte un nome speciale dalla prima alla undecima. Tutte e dodici poi chiamavansi asse (*as*).

Per lo che se alcuno fosse stato istituito nella dodicesima parte della eredità, si diceva erede di un oncia (*heres ex uncia*).

Se in due dodicesimi, si diceva *heres ex sextante*, cioè nella sesta parte dell' asse.

Se in tre dodicesimi , *heres ex quadrante* , cioè nella quarta parte dell' asse.

Se in quattro dodicesimi , *heres ex triente* , cioè nella terza parte dell' asse.

Se in cinque dodicesimi, *heres ex quincunce*, cioè in cinque once.

Se in sei dodicesimi, *heres ex semisse*, cioè nella metà dell' asse.

Se in sette dodicesimi, *heres ex septunce*, cioè in sette once.

Se in otto dodicesimi, *heres ex besse*, cioè nel doppio della terza parte dell' asse.

Se in nove dodicesimi, *heres ex dodrande*, quasi (come dicono gl'interpetri) *dequadrans*, cioè *dempto quadrante*, vale a dire in tre quarte parti.

Se in dieci dodicesimi, *heres ex decunce*, cioè in dieci once, ovvero *heres ex dextante* quasi (come dicono gl' interpetri) *desextans* vale a dire tolta la sesta parte.

Se in undici once, *heres ex deunce*, quasi (come dicono gl' interpetri) *uua uncia dempta*, cioè tolta un oncia alle dodici.

Se in dodici once *heres ex asse.*

Sicchè un oncia si chiamava *uncia.*

Due once chiamavansi *sextans*

Tre once, *quadrans*

Quattro once, *triens*

Cinque once, *quincunx*

Sei once, *semis*

Sette once, *septunx*

Digitized by Google

Otto once, *bes*
Nove once, *dodrans*
Dieci once, *dextans o decunx*
Undici once, *deunx*
Dodici once, *as.*

La metà della dodicesima parte, cioè la metà di un oncia, chiamavasi *semiuncia* : la quarta parte di un oncia chiamavasi *sicilicum*: la sesta parte di un oncia *sextula* , la ventiquattresima parte di un oncia *scriptulum ec.*

Inoltre è da avvertire che dovendosi in alcune contingenze, come or ora vedremo, raddoppiare la distribuzione dell' asse, si aveva allora il *dupondium*, cioè l' asse si divideva in ventiquattro once, val dire in ventiquattro parti; e dovendosi triplicare, si aveva il *tripondium*, e l' asse si divideva in trentasei once. (1)

Passando ora a discorrere de' diversi casi di distribuzioni di quote, è da avvertire che il testatore potea istituire uno o più eredi, e che istituendone un solo , ovvero istituendone più , poteano verificarsi casi svariati.

Istituendo erede un solo:

1. Potea il testatore esprimere nel testamento che gli lasciava tutto, ovvero potea tacerlo. Come ad esempio — *Tizio sia mio erede di tutti i miei beni* — ovvero — *Tizio sia mio erede.*

2. Potea istituirlo erede in una quota, tacendo per le altre quote— Come *Tizio sia mio erede di tre dodicesimi de' miei beni.*

3. Poteva istituirlo erede facendogli un lascito di cosa determinata. Come ad esempio — *Tizio sia erede del mio palazzo.*

Istituendo più eredi:

1. Potea il testatore non distribuire fra loro le parti. Come — *Tizio, Cajo* e *Sempronio siano miei eredi.*

2. Potea distribuire le parti per alcuni e non distribuirle per altri. Come — *Tizio, Cajo e Sempronio sieno miei eredi, il primo in quattro dodicesimi, il secondo in tre dodicesimi.*

3. Potea distribuire le parti per tutti gli eredi in modo esatto. Come — *Tizio, Cajo e Sempronio sieno miei eredi in quattro dodicesimi per ciascuno.*

4. Potea per tutti distribuire le parti in modo inesatto, per eccesso o per difetto. Per eccesso disponendo di qualche parte in più,

(1) Per Codice civile è lasciata piena libertà al testatore, nella distribuzione delle parti della eredità fra i suoi eredi, art. 759 e 760 — Ma s' intende fatta dal testatore distribuzione di parti, quando egli à espressamente indicato una quota per ciascuno erede, art. 881 — Del rimanente non vi sono modalità per la divisione dell' asse, e molto meno tecnicismo di parole in proposito.

Digitized by Google

come — *Tizio Cajo e Sempronio siano miei eredi, il primo in otto dodicesimi, il secondo in tre dodicesimi, e il terzo in due dodicesimi* — Per difetto, disponendo di qualche parte in meno, come — *Tizio, Cajo e Sempronio sieno miei eredi, il primo in cinque dodicesimi, il secondo in tre dodicesimi, e il terzo in due dodicesimi.*

5. Potea istituire più eredi dando loro soltanto una cosa certa, e distribuire, ovvero non distribuire tra essi le parti di codesta cosa certa, e in caso di distribuzione di tale cosa, far le parti in modo eguale od ineguale — Così ad esempio — *Tizio, Cajo e Sempronio siano eredi del mio fondo Tusculano* — ovvero — *Tizio, Cajo e Sempronio siano eredi del mio fondo Tusculano in quattro dodicesimi per ciascuno* — ovvero — *Tizio, Cajo e Sempronio sieno eredi del mio fondo Tusculano, il primo in tre dodicesimi, il secondo in quattro dodicesimi, e il terzo in cinque dodicesimi* (1).

§ 599. Or quali sono le regole per tutti codesti possibili casi?

Quando il testatore avesse istituito erede un solo:

1. Sia che avesse espresso nel testamento che gli lasciava tutti i beni, sia che non avesse ciò espresso, l'erede istituito raccoglieva tutto, perchè chi è chiamato erede succede *in universum jus defuncti.*

2. Se gli avesse assegnato una quota, l'erede istituito si prendeva anche tutto, perchè il Giureconsulto vedeva la istituzione di erede e presumeva da ciò che il testatore avesse voluto dargli l'intero, onde la massima — *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere.*

3. Se gli avesse dato soltanto un cespite determinato, l'erede istituito del pari prendeva tutto per la medesima ragione.

Si avverta bene però che l'erede istituito dovea ecsere un solo, perchè se mai il testatore avesse nominato più eredi, nel primo caso avrebbe avuto una quota proporzionale al numero de' chiamati, nel secondo caso avrebbe avuto la quota assegnatagli, e nel terzo sarebbe stato considerato per legatario (2).

---

(1) Tutti codesti casi si possono ben verificare anche oggi, e le regole del Codice civile per ciascuno di tali casi sono riportate nelle seguenti note.

(2) Il Codice civile non riconosce il principio — *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere* — e ben può alcuno morire in parte testato e in parte intestato, art. 759 e 760 — Veggasi quanto è detto nelle note a' § 551 e 557.—Onde segue che nel primo di questi tre casi, la teoria è uniforme — Nel secondo caso l'erede istituito in una quota, si prende la sola quota datagli, e il di più va agli eredi legittimi — Nel terzo caso, l'erede istituito in una cosa determinata è legatario, e gli eredi sono gli eredi legittimi, art. 759, 760, se pure non risulti chiaramente la diversa intenzione del testatore.

Digitized by Google

Quando poi il testatore avesse nominato più eredi, accadeva che:

1. Se mai fra tali eredi il testatore non avesse fatto distribuzione di parti, la eredità veniva fra loro distribuita a parti uguali, tale essendo manifestamente la volontà del defunto (1).

Ma se mai alcuni fossero stati chiamati congiuntamente ed altri individualmente in diverse disposizioni dello stesso testamento, coloro i quali erano chiamati congiuntamente si avevano per una sola persona e prendevano una parte eguale a quella che prendeva ciascuno de' chiamati individualmente, perchè la nomina collettiva di fronte a quella individuale appalesa la volontà del defunto di pareggiare i chiamati collettivamente, presi insieme, a ciascuno degli altri chiamati individualmente — Così ad esempio — *siano miei eredi Tizio e Cajo, sia pure mio erede Sempronio* — Tizio e Cajo pren devano la metà, e Sempronio l'altra metà (2).

2. Se il testatore avesse distribuito le parti per alcuni, e non le avesse distribuite per altri, quelli si prendevano la parte loro assegnata, e questi aveano ciò che restava perchè non potea dubitarsi che tale era la volontà del defunto.

Ma se il testatore avesse esaurita la unità con la quale avea rappresentato la universalità de' suoi beni, si riteneva da' Giureconsulti che egli avesse voluto disporre una seconda volta della universalità medesima, rappresentando questa con due unità, anzichè con una, cioè dividendo l' unità nel doppio delle parti ordinarie — Così ad esempio — *Sieno miei eredi Tizio per sei dodicesimi, e Cajo per gli altri sei dodicesimi, e sia inoltre mio erede Sempronio* — è certo che il testatore à voluto che Sempronio sia anch' egli erede non ostante che tutto l' asse fosse stato dal medesimo testatore esaurito dividendolo fra Tizio e Cajo. Per lo che i Giureconsulti raddoppiavano in tal caso la unità, e dividevano la eredità in ventiquattro once e non in dodici, e di tali ventiquattro once davano sei a Tizio, sei a Cajo, e dodici a Sempronio. Codesto era il *dupondium*.

Per altro se, dopo avere il testatore esaurito nel testamento l'intero patrimonio, avesse aggiunto che per la parte rimanente fosse erede un altro, questi nulla avrebbe avuto, perchè niente vi rimaneva, nè vi era indizio che il testatore avesse avuto idea di raddoppiare la unità dell' asse. Così ad esempio — *Sieno miei eredi Tizio per sei dodicesimi, Cajo per sei dodicesimi, e nella parte rima-*

(1) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 879 ed 880.

(2) Teoria uniforme, essendo questa una regola d'interpetrazion da tutti accetta in materia testamentaria.

Digitized by Google

nente sia mio erede Sempronio — nulla sarebbe spettato a quest'ultimo (1).

3. Se il testatore avesse fatto una esatta distribuzione di parti, ciascuno avrebbe avuto la parte che gli toccava, perchè tale era il volere chiaramente espresso dal testatore (2).

4. Se il testatore avesse mal fatta la distribuzione di parti, e vi fosse stato eccesso, ciascuno degli eredi dovea subire proporzionale riduzione (3).

E se invece vi fosse stato difetto, la parte non disposta dal testatore aumentava proporzionalmente le parti degli altri eredi pel principio — *nemo potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere* (4).

5. Se da ultimo il testatore avesse istituito più eredi dando loro soltanto una cosa certa, avesse egli o non avesse distribuito fra quelli le parti di tale cosa certa, ed avesse, nel caso di distribuzione, fatte le parti in modo eguale od ineguale, tutti coloro che fossero stati istituiti eredi in codesta cosa certa si sarebbero considerati come eredi de'beni rimanenti, e li avrebbero divisi in modo eguale, mantenendo nella sola cosa certa la ineguaglianza, se mai vi fosse stata—La ragione era che i Giureconsulti vedevano la istituzione di erede per tutti, onde li ritenevano tutti eredi, e consideravano la cosa certa data come prelegato—Nè potevano fare a meno di ritenerli per eredi, perchè codesta era la qualità data loro nel testamento, e perchè niuno potea morire in parte testato e in parte intestato (5).

(1) Per Codice civile la teoria è uniforme, essendo codeste altrettante regole d'interpetrazione, e le migliori è più accette nella materia testamentaria, art. 759.

(2) Teoria uniforme, perchè il Codice vuole che la volontà del testatore sia rispettata, art. 759.

(3) Teoria uniforme, essendo regola d' interpetrazione della volontà del defunto, art. 759.

(4) Essendo oggi compatibile la successione testata e la intestata, la parte non disposta dal testatore spetterebbe agli eredi legittimi, art. 759, 760.

(5) Per Codice civile è compatibile la successione testata e la intestata, e non può essere erede se non chi è stato istituito nella universalità o in una quota, art. 759 e 760 — Laonde gl'istituiti eredi in una cosa certa sarebbero oggi legatarii, ed eredi sarebbero gli eredi legittimi.

Digitized by Google

Diritto di accrescere.

§ 600. La volontà del defunto è la guida suprema del legislatore nella materia testamentaria, ed abbiamo già dimostrato innanzi (§ 557) che la massima: *nemo potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere*, non era che una presunzione fatta dal legislatore romano a base del testamento — Niuno poteva morire in parte testato e in parte intestato, e ciò significava che se il testatore avesse istituito alcuno suo erede, ed avesse disposto in suo favore di una quota de'suoi beni tacendo pe'beni rimanenti, l'istituito si prendeva tutto; e così se il testatore avesse nominato alcuno suo erede, assegnandogli uno o più beni determinati, l'istituito si considerava come erede se non avesse avuto altri coeredi, e faceva sua tutta la eredità. La ragione che muoveva i giureconsulti romani era che nel testamento leggevasi la istituzione di erede, e vi si trovava perciò chi era chiamato a succedere in *universum jus defuncti*, per lo che si traeva la presunzione che il testatore avesse voluto dare all'erede così istituito, anzichè agli eredi legittimi i rimanenti beni pe' quali aveva serbato silenzio.

Il diritto di accrescere nelle eredità era una conseguenza di tale principio perchè, se mancava uno de'coeredi, non potendosi avere contemporaneamente la successione testata ed intestata, la porzione del mancante si accresceva necessariamente all'altro o agli altri coeredi che restavano tali, presumendosi che il testatore avesse voluto favorire piuttosto gli altri eredi istituiti, anzichè gli eredi legittimi.

Il medesimo diritto di accrescere poteva verificarsi ne'legati quando i legatarii fossero stati congiunti — Così, legata una stessa cosa a più persone senza divisione di parti, e mancando una di tali persone, la porzione del mancante si accresceva agli altri legatarii. La ragione era sempre la volontà del testatore, perchè nella esistenza di quella congiunzione di legatarii era naturale il presumere che il testatore avesse voluto piuttosto dare la cosa medesima agli altri legatari congiunti, anzichè liberare dalla prestazione del legato colui che ne era gravato. Il fondamento dunque del diritto di accrescere tanto nelle eredità, quanto ne'legati, era la presunta volontà del defunto. Onde il Cardinal Mantica dice—*Scribit Decius, jus adcrescendi introductum fuisse ex conjectura mente testatoris.* (*De conjecturis* L. 4. Tit. 12. n. 7).

Ma se la base del diritto di accrescere nelle eredità e ne'legati era la presunta volontà del defunto, codesta presunzione era una necessità di diritto per le eredità, e non lo era pei legati, perciocchè per

Digitized by Google

le eredità e non pe'legati valea la massima di non potersi morire in parte testato e in parte intestato (1).

Il diritto di accrescere si definisce da Cujacio: *Ius retinendae vel nanciscendae partis ejus qui non concurrit vel concurrere desiit.* (Paratitli Lib. 7. Tit. 2.) cioè il diritto di ritenere o di avere la parte di colui che non concorre o che lasciò di concorrere alla eredità o al legato (2).

Or il diritto di accrescere accade quando si verifichino due condizioni, cioè 1° che il coerede o il collegatario manchino, 2° che il coerede o il collegatario sieno congiunti. Esaminiamo attentamente entrambi tali condizioni.

Mancanza del coerede o del collegatario.

§ 601. Si ha la mancanza del coerede o del collegatario quante volte uno de'coeredi o de'collegatarii non voglia o non possa adire la eredità od accettare il legato, cioè per rinuncia, per incapacità, per premorienza al testatore, per premorienza all'avveramento della condizione, ovvero per mancanza della condizione apposta (3). Ma se egli possa e voglia accettare la eredità o il legato, e sia sopravvissuto anche per un momento al testatore o al verificarsi della condizione, trasmette il suo diritto a'suoi eredi, e niente viene ad accrescersi a'coeredi o a'collegatarii co'quali era stato chiamato (4).

Vi sono per altro tre eccezioni :

La prima è, se l'erede o il legatario mancante avea obbligo di trasmessione per fedecommesso, nel quale caso la parte del mancante va al fedecommissario (5).

La seconda è, se vi fosse stata sostituzione espressa o tacita per quell'erede o per quel legatario che è mancato, perchè allora la parte del mancante va al sostituito (6).

La terza è se il coerede o il collegatario manchi per indegnità, per

(1) Per Codice civile il diritto di accrescere tanto nelle eredità quanto ne'legati muovono dalla presunta volontà del testatore, senza che per le eredità si riconosca più necessità di diritto perchè non è stato ritenuto il principio che niuno possa morire in parte testato e in parte intestato, art. ed arg. art. 759 760, 879 ed 884.

(2) Può ben ritenersi tale definizione a base degli art. 879 e seg.

(3) Teoria uniforme art. 879, 884, 853, 857.

(4) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 879, 884, 853, 857.

(5) Questa eccezione di regola non vi è, non riconoscendosi fedecommessi, art. 899.

(6) Teoria uniforme, art. 895, 890 capov.

Digitized by Google

la ragione che la parte del mancante va secondo i casi o al fisco, ovvero a quello pel cui danno l'erede o il legatario erano incorsi nella indegnità, giusta le distinzioni fatte e le regole esposte al § 577 (1).

Congiunzione de'coeredi o de'collegatari.

§ 602. La congiunzione tra i coeredi e i collegatari si risolve sempre a tre modi, non potendosene supporre altri, cioè o la congiunzione è per la cosa stessa che si lascia (*re*) — o è per le sole parole adoperate dal testatore (*verbis*) — o è per la cosa e per le parole insieme (*mixtim*). *Triplici modo conjuctio intelligitur, aut enim re per se conjunctio contigit, aut re et verbis, aut verbis tantum.* Fr. 142 *de verborum significatione* 50. 16.

Parliamone distintamente:

1. La congiunzione *re* ha luogo allorchè due persone sono chiamate con due separate disposizioni allo stesso lascito, e così ad esempio—*istituisco mio erede Tizio, istituisco mio erede Caio—lego il fondo Tusculano a Tizio, lego lo stesso fondo Tusculano a Cajo.*—Di che si vede che quantunque gli eredi o i legatarii sieno chiamati con diverse frasi (il che talvolta li fece dire *disjuncti*), sono però uniti dal legame che produce l' identità della istituzione fatta o della cosa legata—Tale congiunzione produce accrescimento tanto nelle eredità che ne' legati, anche quando i legati fossero stati scritti in atti diversi tra loro compatibili, come ad esempio, in un testamento e in un codicillo (2).

2. La congiunzione *verbis* à luogo allorchè il testatore chiama

(1) Oggi, non ammettendosi la massima di non potersi morire in parte testato e in parte intestato, se alcuno manchi per indegnità, non v'ha luogo a diritto di accrescere per necessità di diritto e invece la porzione dell'erede o legatario indegno va, secondo i casi, a vantaggio degli eredi testamentarii, o degli eredi legittimi, o anche del legatario gravato del legato. Art. ed arg. art. 724, 725, 766, 879. Per Codice civile vi è inoltre una quarta eccezione, cioè nel caso che vi siano persone che possono invocare il diritto di rappresentazione, art. 879 ed 890. Se mai vi fosse stata rappresentazione nella linea discendentale, si sarebbe verificata una sostituziene tacita tanto per Diritto Romano (L. un Cod. *de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt*), quanto per Codice civile (vedi mia opera motivi del Codice civile all'articolo 890) — Ma la rappresentazione nella linea collaterale non può a rigore considerarsi come sostituzione tacita, onde costituisce una vera quarta eccezione fatta dal Codice civile.

(2) Il Codice Italiano ha molto limitato la congiunzione *re*, perchè 1 la ritiene pe'legati e non per le eredità, art. 880 ed 884—2. e pe'legati vuole che la stessa cosa sia stata legata a più persone nello stesso testamento e non in testamenti diversi compatibili fra loro, art. 884—La ragione per la quale il Codice

Digitized by Google

più persone alla eredità o al legato determinando la parte che deve toccare a ciascuno. Così ad esempio — *istituisco ad eredi Tizio, Caio e Sempronio, in un terzo per ciascuno—lego un terzo del mio fondo Tusculano a Tizio, un altro terzo dello stesso fondo Tusculano a Caio ed un altro terzo a Sempronio*—Codesta congiunzione, che è di sole parole, non mena ad accrescimento, perchè la congiunzione non ha riguardo alla cosa, la quale invece è stata divisa dallo stesso testatore. Il solo Cujacio col suo acume aveva ciò avvertito (Cujacio al fr. 16 *de legatis* 30, 1.) perchè gli altri interpreti, seguendo un frammento di Paolo, deviato dal naturale suo senso (cioè il fr. 89 *de legatis* 32, 1.), avevano portato avviso che la congiunzione *verbis* menasse ad accrescimento. La scoperta delle Istituzioni di Gajo dimostrò che Cujacio aveva ragione, perchè Gajo accenna alle sole congiunzioni *re et mixtim* come produttive di effetto. (Gaj. Com. 2 § 199), E ciò è giustissimo perchè la congiunzione *verbis* accosta con le parole i coeredi o i collegatarii, ma li separa con la determinazione delle parti. Vero è che per la eredità e non per i legati vi era diritto di accrescimento anche nel caso che la congiunzione fosse stata verbale, ma ciò accadeva (come or ora vedremo) per la necessaria conseguenza finale del congegno della teoria successoria romana in forza della massima: *Nemo potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere*. Per altro si avverta bene che non è un assegnamento di parti la indicazione che avesse fatto il testatore per esprimere semplicemente gli effetti della divisione tra coeredi o collegatarii, senza che abbia avuto la intenzione di fissar loro parti determinate. Così per esempio se il testatore avesse detto—*istituisco i miei eredi Tizio, Cajo e Sempronio a parti uguali — lego il fondo Tusculano a Tizio Cajo e Sempronio a parti uguali*, — il testatore non avrebbe fatto già distribuzioni di parti, ma avrebbe invece indicato i naturali effetti della divisione tra coeredi o collegatari. *Tunc testator videtur partes adscripsisse demonstrandi causa, ut scilicet intelligatur quae partes fieri debeant per concursum, illa adscriptio EQUIS PARTIBUS tunc demonstratio quaedam est.* (Cujacio al Fr. 16, *de*

---

non riconosce la congiunzione *re* nelle eredità e la riconosce ne' legati è che la cosa medesima, legata a più persone diverse, presenta una indivisibilità materiale che rivela la congiunzione voluta dal testatore fra i legatarii, la quale indivisibilità non si siscontra nelle eredità. Il Codice non ha voluto esporre le ultime volontà de'defunti a ricongetture troppo arrischiate—Si ricerca poi che il legato della medesima cosa a più persone sia fatto nello stesso testamento, appunto per avere un maggior grado di presunzione per la congiunzione tra legatarii, essendo un solo testamento l'effetto di un solo atto volitivo, ciò che non si avrebbe se il legato della stessa cosa fosse fatto a più persone con più testamenti

Digitized by Google

legatis 30. 1.) Convien dunque fare un gran divario tra il caso in cui il testatore abbia assegnato ponderatamente le parti, nella quale ipotesi non vi è diritto di accrescere, e il caso in cui egli abbia espresso le conseguenze della divisione, nella quale ipotesi il diritto di accrescere si verifica. *Videlicet si, data opera, eos conjuxit: non etiam ut compendium orationi afferret.* (Devill. 33. 1. 36). Al quale concetto risponde anche il fr. 80 *de legatis* 30. 3. (1).

3. La congiunzione *re et verbis*, altrimenti detta *mixtim*, cioè la congiunzione di cosa e di parole insieme à luogo quando con una stessa disposizione il testatore chiama più persone a ricevere la stessa cosa. Così per esempio — *istituisco i miei eredi Tizio e Cajo — lego il fondo Tusculano a Tizio e a Caic*—Si vede in tale congiunzione una specie di solidalità tra coeredi o tra collegatarii, onde vi è sempre e con tutta certezza il diritto di accrescimento, per lo che la congiunzione mista chiamavasi per eccellenza *jus adcrescendi* (2).

Tutto quanto abbiamo detto finora è comune tanto al diritto di di accrescere tra gli eredi, quanto al diritto di accrescere tra legatarii.

Qui dobbiamo ora parlare di ciò che è speciale alla sole eredità, riserbandoci a dire nella teoria de' legati ciò che è speciale ad essi.

La differenza che in Diritto Romano a primo colpo d'occhio spicca tra il diritto di accrescerere nelle eredità e il diritto di accrescere ne' legati, è che tra gli eredi risultava sempre una congiunzione, mentre tra legatarii potea e non potea verificarsi.

La ragione è evidente — Tosto che non poteano per Diritto Romano coesistere la successione testata e la intestata, tostochè la eredità è sempre unica (*universum jus defuncti*), onde non si possono concepire enti diversi, come d'ordinario accade ne' legati, ne seguiva che riscontravasi sempre tra coeredi una congiunzione. Ma ciò non era pe' legatarii, pe' quali potea non esservi unicità di obbietto e mediante i codicilli potevano i legatari coesistere con la successione intestata.

Donde la regola che nelle eredità il testatore non poteva vietare il diritto di accrescere, mentre ne' legati avrebbe il testatore potuto vietarlo direttamente, ed anche indirettamente, evitando fra i legatarii ogni congiunzione (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 881 884.

(2) Teoria uniforme art. 880 ed 884.

(3) Per Codice civile non essendo stata ritenuta la massima — *nemo potest pro parte testatus pro parte intestatur decedere* — il diritto di accrescere nelle eredità è stato messo al livello del diritto di accrescere ne' legati, vale a dire

Digitized by Google

Ma codesta congiunzione necessaria tra coeredi non menava sempre ad identici effetti nel diritto di accrescere — Invece gli effetti eran diversi, secondochè il testatore avesse formato l'una o l'altra delle tre congiunzioni *re*, *verbis*, *mixtim*. O a meglio dire, gli effetti erano diversi, secondochè per mezzo dell' una o dell' altra di quelle congiunzioni veniva a presumersi la volontà del testatore, ch' era sempre la guida delle disposizioni di legge. La quale dettava le seguenti regole.

1. Se fosse mancato un coerede congiunto *re*, la porzione di lui si accresceva agli altri, ma i congiunti *mixtim* si consideravano per un solo. Così ad esempio — *nomino mio erede Tizio, nomino mio erede Caio, nomino miei eredi Sempronio e Mevio* — mancando Tizio, la parte di lui era presa metà da Cajo, e metà da Sempronio e Mevio — La ragione è che la unione in una sola orazione di Sempronio e di Mevio, dava la presunzione che il testatore li avesse considerati quasi isolatamente e per un solo individuo.

2. Se fosse mancato un coerede congiunto *verbis*, la parte di lui si accresceva agli altri coeredi che di necessità doveano esser tutti verbalmente congiunti, perchè le porzioni fatte dal testatore venivano necessariamente a toccare tutti i coeredi — Così date a cinque persone due dodicesimi per ciascuno della eredità, ed istituita un' altra persona per la parte rimanente, ben si vede che è designata anche per costei la porzione, la quale consiste negli ultimi due dodicesimi. Inoltre l' accrescimento si verificava in proporzione della distribuzione fatta dal testatore. Così per esempio — *nomino niei eredi Tizio per un sesto, Cajo per due sesti, Mevio per tre sesti* — Morendo Cajo, la parte di lui era divisa tra Tizio e Mevio, in modo che Tizio ne prendeva un quarto e Mevio tre quarti.

3. Se fosse mancato un coerede congiunto *mixtim*, la parte di lui spettava tutta agli altri con lui congiunti anche *mixtim*, senza che toccasse cos'alcuna agli altri. Così — *nomino miei eredi Tizio, Cajo, e Mevio, nomino mio erede Sempronio, nomino miei eredi Martino e Stico* — Mancando Tizio, la porzione di lui era divisa tra Cajo e Mevio, senza che fosse spettata alcuna cosa a Sempronio, a Martino e a Stico. La unione intima, che passava tra que' primi tre, facea presumere che, mancando uno di loro, il testatore avesse vo-

---

il diritto di accrescere nelle une e negli altri provviene da una presunzione derivante dal modo di congiunzione, senza che per il diritto di accrescere nelle eredità vi sia necessità di diritto — Di che segue che il testatore può vietare il diritto di accrescere e nelle eredità e ne' legati, art. ed arg. art., 879 ed 884, 759, 760 — perchè la volontà presunta deve cedere alla volontà espressa, siccome cede la presunzione alla realtà.

Digitized by Google

luto vantaggiare essi a preferenza degli altri istituiti, perchè per la parte per la quale que' tre erano stati chiamati, venivano considerati come una sola persona.

4. L'erede o gli eredi che prendevano la parte di colui che era mancato, doveano sottostare a' pesi onde questi era gravato (1).

Sostituzioni

§ 603. La parola sostituzione viene da *sub instituere*, istituire al di sotto: *sub institutio* è istituzione posta sotto un' altra.

Ogni sostituzione non è che una istituzione posta secondariamente sotto una istituzione principale.

Onde la definizione è — *institutio heredis secundi*, (*tertii*, *quarti ecc.*) *in locum deficientis primi*, vale a dire è una disposizione con cui il testatore chiama a succedere una o più persone in mancanza de' nominati nel grado precedente — Così, per esempio, istituisco erede Tizio; e se questi non voglia o non possa esserlo, istituisco erede Cajo; e se questi non voglia o non possa, istituisco Sempronio ecc. (2).

Le sostituzioni erano di uso frequente presso i Romani, sia perchè per essi era di disdoro morir senza eredi, sia perchè erano molte le incapacità a succedere e frequenti i casi in cui in luogo dell' incapace o dell' indegno succedeva il fisco, sia perchè può interessar molto al testatore che il suo testamento non cada, e perciò dev' esser libero a lui di designare chi debba prendere il posto di quello che fosse stato per prima chiamato, e che venisse a mancare (3) Codesta sostituzione fu chiamata *volgare* per la ragione che era permessa a tutti.

(1) Per Codice civile non si ha nelle eredità diritto di accrescere per la congiunzione *re*, nè per la congiunzione *verbis*, ma si ha soltanto per la congiunzione *mixtim*, art. 880 e 948. Che se mancasse chi è congiunto *mixtim* ad alcuni, e congiunto *re* ovvero congiunto *verbis* ad altri, la porzione del mancante si accresce al solo congiunto *mixtim*, sia per la ragione espressa in Diritto Romano, sia perchè per le eredità non sono riconosciute nè la congiunzione *re*, nè la congiunzione *verbis*, art. 880 ed arg. art, 881 ed 884.

Non essendo più ammesso il principio che non si può morire in parte testato e in parte intestato, segue che quante volte tra gli eredi non vi sia diritto di accrescere, la porzione dell'erede mancante è devoluta agli eredi legittimi del testatore, art. 883, 948.

Chi prende la porzione dell'erede mancante, subentra ne' carichi e negli obblighi imposti a costui, art. 882 ed 883 capov.

(2) Tale definizione reggerebbe anche per Codice civile, arg. art. 895 e seguenti.

(3) Per quest' ultima ragione oggi sono ritenute dal Codice civile le sostituzioni.

Digitized by Google

Inoltre la sostituzione era per Diritto Romano ammessa quante volte alcuno avesse lasciato un figlio impubere, limitatamente però al caso in cui questi fosse morto durante la impubertà — Poteva perciò a tal modo il padre di famiglia evitare che il figlio morisse intestato e i beni ricadessero agli eredi legittimi, e poteva pei beni suoi che lasciava al figlio, ed anche pe'beni propri del figlio, nominare a costui un erede se morisse impubere. Tale sostituzione venne chiamata *pupillare*, perchè era pe'soli pupilli, e dipendeva totalmente dalla forza della patria potestà romana (1).

Ad esempio della sostituzione pupillare, fu inventata altra sostituzione per gl' infermi di mente, pe' prodighi, e pe' sordomuti che non potessero testare, in luogo de' quali si permise che potessero far testamento i genitori se mai quelli fossero morti durante tale stato d' incapacità. Codesta specie di sostituzione fu detta *esemplare* perchè *invecta fuit ad exemplum pupillaris substitutionis* (2).

Laonde le sostituzioni erano di tre specie, cioè volgare, pupillare, ed esemplare, e di esse parleremo partitamente avvertendo che delle sostituzioni fedecommissarie terremo discorso in apposito punto, siccome già abbiamo annunziato al § 556, per la ragione che per Diritto Romano i fedecommessi non erano posti nella classe delle sostituzioni.

Sostituzione volgare

§ 604. La sostituzione volgare si à quando *testator heredi substituit in casum si heres futurus non sit*, cioè quando il testatore chiami un secondo erede laddove manchi quello da lui designato. E l' erede può mancare o perchè non voglia, o perchè non possa accettare la eredità (3).

Posto ciò si osservano in questa materia i seguenti principii.

1. Le parole — *se l' erede istituito manchi* — comprendono tanto il caso che egli non voglia, quanto il caso che egli non possa accettare. Anzi se il testatore abbia espresso un solo di tali due casi, l' altro vi si intende compreso, se pure non consti una contraria volontà del defunto. Così ad esempio, se alcuno avesse istituito

(1) Il Codice civile non à ammesso la sostituzione pupillare, perchè la patria potestà odierna riposa sopra diverse basi, come si è detto discorrendo della patria potestà.

(2) Per la stessa ragione, ed anche per le limitazioni imposte a questa specie di sostituzione, che si rendea quasi vana, non venne ritenuta dal Codice civile.

(3) Teoria uniforme, art. 895.

Digitized by Google

erede Tizio, ed a costui avesse sostituito Cajo nel caso che Tizio non potesse accettare, Cajo avrebbe diritto alla sostituzione anche quando Tizio avesse potuto ma non avesse voluto accettare la eredità — La ragione consiste in ciò che il fine della sostituzione volgare è *ne testamenta fiant dcstituta*, e si andrebbe perciò contro la volontà del defunto quante volte si facesse cadere il testamento, e si passasse alla successione legittima (1).

2. Il sostituito deve aver la capacità di ricevere per testamento, secondo le regole già innanzi stabilite al § 571 e seguenti—La ragione è che se può aver diritto il sostituito a prendersi la eredità o il legato, egli è posto nel luogo dell' istituito, onde deve averne le qualità.

3. Possono esser sostituite più persone in un luogo di un solo istituito, ovvero una sola persona può essere sostituita a più istituiti, ovvero una sola persona essere sostituita ad un solo istituito. Se la sostituzione è una istituzione posta in seconda linea, ben può avere il testatore tutta la libertà nel chiamare secondariamente una o più persone (2).

4. Morto il sostituito prima dell' istituito, ovvero aditasi la eredità dell'istituito, svanisce la sostituzione. La ragione è che la sostituzione à la natura condizionale, essendo sempre sottoposta all' evento futuro e incerto che l' istituito manchi — Or se il sostituito muore prima dell' istituito, egli muore prima che la condizione si verifichi, e come tale non à diritto. Se poi l' istituito adisca la eredità, la condizione è mancata pel sostituito (3).

5. Se siensi fatte più sostituzioni di primo, secondo, terzo grado ecc. chiunque de' sostituiti venga ad aver diritto, prende sempre il posto dell' istituito, onde l' assioma—*substitutus substituto, substitutus est etiam instituto*. La ragione è che chi raccoglie la eredità o prende il legato in mancanza de' primi chiamati, è considerato come se il defunto avesse chiamato soltanto a lui (4).

6. I sostituiti debbono sottostare a' pesi ed alle condizioni imposte agl' istituiti.

La ragione è che gl' istituiti sono certamente riguardati dal testatore con maggiore affezione de' sostituiti, e se quelli sono aggravati di pesi e di condizioni, l' aggravio deve pesare senza dubbio su' sostituiti verso i quali il testatore à minore affetto.

Si fanno però a questo principio due eccezioni.

---

(1) Teoria uniforme, art. 895 ed 896.
(2) Teoria uniforme, art. 895 capov.
(3) Teoria uniforme, arg. art. 848, ed 853.
(4) Teoria uniforme, art. 895.

Digitized by Google

La prima è se risulti che il testatore abbia altrimenti voluto. Nel dubbio però deve ritenersi fermo il peso o la condizione a carico del sostituito, perchè la presunzione di volere il testatore mantenere la condizione o il peso anche su' sostituiti, regge sempre fin quando tale presunzione non sia distrutta dalla certezza di una volontà contraria del testatore medesimo il quale venga ad esentarli.

La seconda eccezione è per le condizioni e pe' pesi specialmente imposti alla persona dell' istituito. Ciò si avrà quando il peso o la condizione mal si adattino al sostituito, ovveramente apparisca che la sostituzione sia stata fatta per il caso in cui mancasse la condizione apposta nella istituzione, il che accade quando la condizione apposta alla istituzione sia casuale, perchè se mai tal condizione s'intendesse ripetuta nella sostituzione, questa resterebbe inefficace (1).

§ 605. Nella sostituzione volgare intanto si ammette la sostituzione reciproca, la quale consiste in ciò che il testatore può disporre che all' erede o al legatario mancanti restino sostituiti gli altri coeredi o gli altri collegatarii.

Codesta sostituzione reciproca aveva poca importanza nella istituzione di erede, perchè gli eredi godeano sempre del diritto di accrescere per la massima — *nemo potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere* — siccome abbiamo innanzi spiegato al § 600 e seguenti. Ma la sostituzione reciproca avea importanza massima ne' legati, perchè i collegatarii godevano del diritto di accrescere soltanto allora che fossero stati congiunti, secondochè si è avvertito al medesimo paragrafo (2).

Or è regola che se gli eredi siano stati istituiti in parti disuguali, ovvero a' legatarii siasi lasciata una cosa a parti disuguali, e siasi intanto dal testatore disposta una sostituzione reciproca, senza menzione delle parti a farsi nella sostituzione, la proporzione delle quote fissata nella istituzione s' intende ripetuta nella sostituzione.

Così per esempio, Tizio à istituito eredi Cajo, Sempronio, e Mevio, ovvero Tizio à legato il fondo Tusculano a Cajo, Sempronio, e Mevio, assegnando a Cajo un dodicesimo, a Sempronio otto dodicesimi, ed a Mevio tre dodicesimi ed à il testatore disposto una sostituzione reciproca tra loro. Se Mevio rinuncia, de' suoi tre dodicesimi se ne fanno nove parti, delle quali una vien data a Cajo, ed otto a Sempronio.

---

(1) Teoria uniforme, art. 897.

(2) Per Codice Civile è del massimo interesse la sostituzione reciproca, perchè tanto gli eredi quanto i legatarii godono del diritto di accrescere nel solo caso che sieno congiunti. V. nota al § 600.

Digitized by Google

Ma tale regola non si osserva più se risulti esser diversa la intenzione del testatore, e diversa sarebbe e si farebbe distribuzione a parti uguali fra i sostituiti, se, ad esempio, nella sostituzione fosse chiamata un altra persona insieme co' primi chiamati — Così, pel caso ora fatto, se nella sostituzione il testatore avesse pur chiamato oltre a Cajo, Sempronio, e Mevio, anche un quarto di nome Martino; rinunciando Mevio, de' suoi tre dodicesimi si fanno parti uguali tra Cajo, Sempronio, e Martino.

La ragione è tutta riposta nella volontà del testatore — Nel primo caso si vede nettamente che non avendo egli fatto distribuzione di parti nella sostituzione reciproca à inteso mantener quella da lui formata nella istituzione — Nel secondo caso invece, le cose cambiano di aspetto perchè il testatore à aggiunto uno nuovo a' primi chiamati, e non si saprebbe qual parte à voluto dare a lui se non si facessero le quote eguali, onde si vede che il testatore volle appunto dare in tal caso quote eguali a tutti (1).

§ 606. A compimento della sostituzione volgare rimane a discorrere della sostituzione tacita.

È tacita la sostituzione quando questa à luogo per presunta volontà del testatore, cioè quando si ritiene che il testatore abbia voluto la sostituzione, sebbene non l' abbia espressamente dichiarata— Così si è detto innanzi al § 604 che la sostituzione fatta pel caso in cui l' istituito non possa accettare si estende all' altro in cui questi non voglia, e viceversa il caso del non volere si estende all' altro del non potere, e ne abbiamo spiegato la ragione, la quale riposa sulla presunta volontà del defunto. Or quante volte siavi codesta estensione dal caso espresso al caso non espresso, si à pel caso non espresso, la sostituzione tacita.

Inoltre v' era per Diritto Romano sostituzione tacita per la così detta trasmissione Teodosiana, inventata da Teodosio e confermata da Giustiniano.

Venne da essi disposto che se gli ascendenti dell' uno o dell'altro sesso avessero tstituito erede un discendente, e questi fosse morto *ante tabulas apertas*, trasmetteva ne' proprii discendenti il diritto di acquistare l' eredità invece sua, anche quando costoro non fossero stati espressamente sostituiti al discendente istituito — Si ammise cioè in tal caso una sostituzione tacita.

Se si guardi con occhio acuto codesta sostituzione tacita si trova che con essa fu abrogata per quel caso speciale la rottura del testamento dell'Avo, di cui si parlerà in appresso e si provvide sa-

(1) Teoria uniforme, art. 898.

Digitized by Google

pientemente e in modo corrispondente alla volontà del defunto pe'casi in cui testatrice fosse stata la madre del defunto il quale avesse lasciato figli o discendenti, ovvero il testamento si fosse fatto dall'Avo o dall'ava del lato materno—In codesti casi di testamento della madre, dell'Avo o dell'Ava materni, i beni non andavano a'nipoti figli dell'istituito perchè essi non potevano agire nè per rottura del testamento nè con querela d'inofficioso, nè l'istituito avrebbe trasmesso alcun diritto a'suoi discendenti per esser premorto al testatore.

Quegl'Imperatori diedero un riparo, ammettendo per tutti que'nipoti una sostituzione tacita per ragione del grande affetto del testatore verso la discendenza dell'istituito — *Amor descendit* (1).

(1) Per Codice civile i casi di sostituzioni tacite si sono di molto estcsi, e si avrà tacita sostituzione sempreché vi siano discendenti dell'erede o del legatario premorto od incapace i quali avrebbero a loro favore il diritto di rappresentazione se si trattasse di successione intestata, art. 890 capov.— Or la rappresentazione nella successione intestata è ammessa nella linea retta discendentale in infinito e in tutti i casi, e nella linea collaterale in favore de'figli e discendenti de'fratelli e delle sorelle del defunto, art. 730 e 732—La ragione per la quale il Codice civile è stato così largo a ritenere la sostituzione tacita sempre quando si tratti di discendenti e di collaterali che avrebbero il diritto a rappresentare il defunto istituito se si trattasse di successione intestata, è non solo nel presunto affetto degli ascendenti verso i discendenti, e de'germani verso i figli e discendenti de'germani, ma ancora nella opinione generale che è nella massa de'cittadini che i figli debbono sempre prendere il posto de'loro genitori. — Onde ne viene che l'ascendente non pensa a sostituire a'figli di primo grado i rispettivi loro discendenti, i quali forse non esisteranno ancora al tempo del fatto testamento. Se alcuno de'figli di primo grado muore prima di lui, o diviene incapace, egli non crede necessario di fare un nuovo testamento nell'interesse de'discendenti di quel figlio. Talvolta può altresì mancare il tempo per la nuova disposizione.

Se non si fosse ammessa la sostituzione tacita, ora sanzionata col capoverso dell'art. 890, sarebbe accaduto che, contrariamente alla presunta volontà del testatore, i discendenti del figlio premorto dovevano dividere co'loro zii ciò che si era lasciato all'istituito loro genitore, e se mai tra gl'istituiti vi fosse stato diritto di accrescere, que'discendenti del figlio premorto erano ridotti alla sola porzione legittima.

Nel Diritto Romano era impossibile questo inconveniente pe'figli *heredes sui*. Il testatore doveva istituirli o diseredarli. Se il discendente che non era erede suo al tempo del fatto testamento, diveniva tale per la premorienza del genitore al tempo in cui si deferiva l'eredità, le tavole testamentarie cadevano (*rumpitur testamentum*) per l'agnazione del quasi postumo — La successione si devolveva *ab intestato*, cosicchè quell'eguaglianza, che era nell'intenzione del testatore, mantenevasi dalla legge indirettamente coll'annullamento delle disposizioni testamentarie — Divenne poi impossibile l'inconveniente per tutti i casi dopo che fu ammessa la sostituzione tacita in forza della trasmissione Teodosiana, di cui si è sopra discorso.

La sostituzione tacita in favore de'figli e discendenti de'fratelli e sorelle, oltrechè dalla presunta affezione e dalla opinione che i figli debbono prendere il

Digitized by Google

Sostituzione pupillare.

§ 607. La sostituzione pupillare si à *quando pater liberis impuberibus in potestate sua constitutis et in alterius potestatem non recasuris substituit in eum casum si intra pubertatis annos decesserint.* Cioè è una sostituzione che può col testamento farsi dal solo padre di famiglia in previsione del caso di morte del figlio di primo grado durante la impubertà — Poichè gl'impuberi non potevano far testamento, la Legge per non farli morire intestati suppliva dandone facoltà al padre, il quale in certo modo estendeva la sua patria potestà anche dopo la sua morte e fino alla impubertà del figliuolo— Si vede la patria potestà romana in tutta la sua forza, e si vede che essa costituiva la base di questa seconda specie di sostituzione chiamata perciò *pupillare.*

Di che seguiva — 1 che il solo padre e non la madre poteva fare una somigliante sostituzione, perchè i figli non erano costituiti sotto la potestà materna — 2. Che il padre potea sostituire al figlio impubere non solo pe'beni ch'egli lasciavagli col testamento, ma anche pe'beni proprii del figlio, come ad esempio per quelli provvenutigli dalla eredità materna — 3. Che il padre perciò poteva sostituire al figlio impubere anche quando lo avesse diseredato, perchè la diseredazione restringevasi a'beni paterni e non colpiva altri beni d'altronde provvenuti al figliuolo— 4. Che il padre non potea sostituire a'figli emancipati anche dopo fatto il testamento perchè questi erano usciti dalla sua potestà al tempo di sua morte; nè valeva la sostituzione se il figlio impubere fosse stato arrogato dopo la morte del padre, perchè per l'arrogazione l'impubere veniva a cadere sotto la patria potestà dell'adottante—5. Che l'Avo non potea sostituire a'nipoti, perchè questi dopo la sua morte cadevano

---

posto de'loro genitori, muove pure da un'altra ragione, cioè che i moderni codici, a differenza del Diritto Romano, ammettono nella successione intestata la rappresentazione nella linea collaterale de'figli e discendenti de'fratelli e delle sorelle, ond'era mestieri dare a tale istituto una rispondenza nella successione testata.

Il Diritto Romano non riconosceva la rappresentazione nella linea collaterale. Giustiniano fu il primo che l'ammise nella successione legittima, ma in via di stretta eccezione a favore de'soli figli di primo grado di un fratello premorto, quando essi fossero in concorso de'loro zii — Standosi dunque ne'limiti di eccezione, fatta da ultimo da quell'Imperatore, non v'era quella necessità, che oggi invece si avverte, di avere nella materia testamentaria una larghezza corrispondente — Veggasi la mia opera, Motivi del Codice civile all'art. 890. Veggasi nota per la rottura del testamento al proprio luogo.

Digitized by Google

sotto la potestà del padre; ma se il padre fosse premorto all'Avo, costui ben potea sostituire a'nipoti impuberi per la ragione che in tal caso i nipoti restavano *sui juris*, dopo morto l'avo del quale divenivano *heredes sui*.

La sostituzione pupillare intanto avea valore sino alla impubertà del figlio, di modo che appena questi diveniva pubere poteva disporre per testamento delle sue sostanze, e se non lo facea, i beni andavano agli eredi legittimi — Potea il padre anche accorciare il tempo ma non estenderlo oltre la impubertà, cioè potea fissare per la sostituzione un periodo più breve di quello nel quale la legge segnava il limite della impubertà, e così ad esempio a nove, dieci, undici anni ecc. Scorso questo termine designato dal padre, la sostituzione svaniva, e morendo l' impubere si apriva la successione intestata.

Anche la sostituzione pupillare potea essere espressa e tacita — E tacita ad esempio sarebbe stata se il padre avesse sostituito altri al figlio impubere, e questi fosse premorto al padre — Apertosi il testamento di costui, e trovatavisi tale sostituzione, questa se non avea valore pe'beni proprii dell'impubere, almeno avrebbe avuto la forza pe' beni che il padre avea lasciato al figlio impubere premorto a lui dopo fatto il testamento.

Resta a parlare di una quistione agitata tra gl'interpetri di Diritto Romano, cioè se il testamento per lo quale si stabiliva una sostituzione pupillare dovesse considerarsi per un testamento doppio, non già per riguardo alle soleunità esterne, per le quali era certamente unico, ma per le solennità interne.

Senza divagare in molte sottigliezze, sembra che il testamento debba considerarsi come doppio, per tre ragioni semplicissime — 1. La istituzione di erede era doppia, dovendo il padre prima istituire il figlio, e poi sostituire altri a lui — 2. Per esservi diritto nel sostituito, dovea questi aspettare la morte di due persone, cioè la morte del testatore, e la morte dell'istituito impubere e durante la sua impubertà — 3. I beni che raccoglievansi dal sostituito erano il prodotto di due patrimcnii, cioè di quello lasciato dal padre al figlio, e di quello proprio del figlio (1).

---

(1) Per Codice civile non si è ritenuta la sostituzione pupillare essendo la patria potestà odierna diversamente organizzata.

Digitized by Google

Sostituzione esemplare.

§ 608. La sostituzione esemplare fu da Giustiniano permessa *humanitatis causa* per non far morire intestati i mentecatti anche puberi, e venne introdotta ad esempio della sostituzione pupillare, onde il nome di *esemplare*.

Ma la base di cosiffatta sostituzione non era la patria potestà, invece era l'amore verso la prole, e ciò è così vero per quanto poteva esser disposta tale sostituzione tanto dal padre quanto dalla madre; e disponendola doveano essi istituire erede il figlio demente almeno nella legittima senza diseredarlo; e inoltre erano obbligati a fare la sostituzione in vantaggio de'figli del demente, e, se questi non ne avesse avuto, doveano sostituire i fratelli e le sorelle di lui, e soltanto in mancanza di costoro, potevano dare i beni in sostituzione a chi meglio loro piacesse.

La Giurisprudenza posteriore estese la sostituzione esemplare anche agli altri difettosi che non potevano testare; quali erano i furiosi, i sordomuti, e i prodighi.

Tale sostituzione svaniva tostochè il mentecatto o il furioso avessero riacquistato la sanità, il sordomuto avesse riavuto i sensi, e al prodigo, tornato *ad sanam frugem*, fosse stata restituita l'amministrazione de'beni.

Del rimanente la sostituzione esemplare prendeva norma dalla pupillare (1).

Solennità interne privilegiate de'militari.

§ 609. Come i Militari avean privilegio per le solennità esterne, così lo aveano del pari per le solennità interne — Per queste anzi il privilegio appariva in tutta la sua nudità, perchè non v'era ragione che consigliasse una deroga dal diritto comune in grazia del servizio cui essi erano obbligati — Per le solennità esterne può essere talvolta non agevole, tal altra impossibile al soldato di adempirvi, ma certo non è così per le interne le quali riposano tutte sulla volontà del testatore da adattarsi alla volontà della legge. Furono gl'Imperatori Romani che diedero tutta codesta latitudine all'esercito per poterlo adescare e tener fedele.

---

(1) La sostituzione esemplare non è riconosciuta dal Codice civile, sia perchè i genitori ànno oggi poteri diversi, sia perchè le tante limitazioni ch'erano apposte alla sostituzione medesima dimostravano la poca fermezza dell'istituto.

Digitized by Google

E l'Imperatore Trajano rescrisse—*Secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones, simplicitati eorum consulendum existimari, ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quomodo volent: faciant quomodo poterint: sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris* Fr. 1. *de testamento militis* 29. 1.

Si ammise a tal modo pe'Militari la semplicità del *jus gentium*, cioè del diritto di natura, senza il rigore del diritto civile con le conseguenti sottigliezze, delle quali abbiamo sin qui tenuto lungo discorso.

E così vediamo che

1. i militari potevano istituire eredi anche quelli che per diritto comune erano ritenuti incapaci a succedere.

2. potevano preterire nel testamento qualunque legittimario

3. il testamento del militare non era rotto per l'agnazione del postumo o quasi postumo

4. il testamento del militare non era soggetto alla querela d'inofficioso

5. il militare potea morire in parte testato e in parte intestato

6. egli potea istituire un erede a termine

7. egli potea morire con più testamenti, purchè non fossero stati tra loro contrarii

8. egli potea disporre una sostituzione pupillare anche quando il figlio fosse morto pubere, nè era stretto da alcuna regola propria delle sostituzioni.

9. egli potea esaurire tutta la sua sostanza in legati, senza che l'erede avesse avuto il diritto alla quarta falcidia

10. non si riconosceva pel militare la distinzione di parte legittima e parte disponibile: egli potea liberamente disporre di tutti i suoi beni, anche quando avesse avuto figli o altri legittimarii.

Da una solennità interna il Militare non fu dispensato cioè dalla certezza nella determinazione dell' erede — *Ne miles quidem incertae personae poterat relinquere ut divus Adrianus rescripsit* § 25 *Inst. de legatis* 2.20. E la ragione è chiara perchè in tal caso non si sarebbe saputo a chi dovea darsi la sostanza ereditaria — Così, se il militare avesse avuto più amici del medesimo nome, e ne avesse istituito uno senz' altra indicazione che quella del nome comune a tutti, l' erede riusciva incerto.

Ma si avvertano due cose — 1. La prima è che i Militari aveano codesto esteso privilegio per le solennità interne, soltanto ne'casi in cui lo godeano per le solennità esterne, cioè in *expeditione tantum vel in castris* — Veggasi § 565. 2. La seconda è che il privilegio per le

Digitized by Google

solennità interne cessava negli stessi tempi e per gli stessi modi designati per le solennità esterne. Veggasi lo stesso § 565 (1).

ESECUZIONE DEI TESTAMENTI

§ 610. La esecuzione de' testamenti si riferisce ad un doppio ordine di idee, cioè — 1 all' apertura delle tavole testamentarie, e al possesso che l'erede avea de' beni ereditarii in seguito a tale apertura — 2 agli esecutori testamentarii.

Parliamone distintamente.

Apertura del testamento e possesso de' beni all' erede

§ 611. Abbiamo visto d'innanzi al § 561 che, specialmente al tempo degl'Imperatori, i testamenti potevano essere scritti o nuncupativi, e che i testamenti scritti doveano essere suggellati da sette testimoni, ciascuno de' quali dovea apporvi il suggello col proprio anello.

Or, avvenuta la morte del testatore, il testamento scritto dovea esser tolto dall' involucro che lo racchiudeva, letto, e depositato in un pubblico uffizio. Per l' apertura, si richiedevano i medesimi testimoni adibiti per la chiusura, affinchè avessero potuto riconoscere le loro firme e i suggelli; e soltanto nel caso che que' testimoni mancassero, come per morte, assenza ecc., si adoperavano altri *optimae opinionis*.

Tutto ciò si facea solennemente innanzi al Magistrato.

Letto e depositato il testamento, era permesso agl' interessati di poterlo ispezionare.

Tali forme doveano essere rigorosamente osservate, perchè, come le solennità esterne per la formazione del testamento son dirette alla fede dell'atto, cioè ad aver la certezza che il testamento realmente racchiuda la volontà del testatore (§ 560), così le forme per l'a-

(1) Il Codice civile à bandito qualunque privilegio, onde non vi è per le solennità interne in favore di alcuno. Soltanto il Re non è tenuto alle regole delle leggi civili che limitano la quantità disponibile, art. 20 Statuto Costituzionale.

Digitized by Google

pertura son rivolte alla conservazione di quella fede, cioè ad aver la certezza che il testamento fatto dal testatore sia precisamente quello aperto e depositato, e ad evitare ogni frodolenta sostituzione od alterazione (1).

Relativamente alla immessione dell'erede nel possesso de'beni ereditarii, era necessaria un ordinanza del Magistrato, il quale potea concedere o negare tale possesso secondochè il testamento non presentasse, ovvero presentasse, vizii patenti a primo colpo d'occhio (*in prima figura sine omni vituperatione appareat*). L. 3. *Cod. de edicto divi Adriani tollendo* 6.33. Codesta facoltà al Magistrato era indispensabile per evitare le frodi di sostituzioni ed alterazioni, specialmente perchè i testatori non aveano l' obbligo di depositare i testamenti presso uffiziali pubblici, al segno che, v' era l' interdetto *de tabulis exhibendis* — Non essendovi la certezza che provviene dal deposito del testamento in mano di un uffiziale pubblico, dovea sempre e in tutti i casi il Magistrato con sano criterio all'apertura delle tavole testamentarie assicurarsi se queste apparissero o no sincere. (2).

---

(1) La ragione delle forme di apertura è identica. Ma le forme son diverse, perchè oggi v'è l'opera del notaro ne'testamenti pubblici o segreti, e il notaro è ufficiale pubblico che imprime all'atto la pubblica fede, art. 1315.

Per lo che, se il testamento è pubblico, niente deve farsi, e soltanto dopo la morte del testatore, il notaro può darne copia art. 913 capov. Cod, proc. civ. — Se il notaro è quello che conserva il testamento ne'suoi protocolli, ed egli è ufficiale pubblico di quella forza, non era mestieri adoperare altre forme per la conservazione.

Se il testamento è segreto, le forme si riducono a conservar la fede del testamento dal punto in cui è aperto l' involudro, perchè pel tempo precedente risponde il notaro — Tali forme si riducono all'apertura dell' involucro e alla pubblicazione del testamento in presenza di un Magistrato (qual'è il Pretore) del notaio che teneva il deposito, e di due testimoni intervenuti all'atto di consegna, e, qualora questi non si trovassero, di altri due, per riconoscere lo stato della scheda testamentaria, e, s' è possibile, le sottoscrizioni — Di codesta apertura e pubblicazione si stenderà processo verbale nella forma degli atti pubblici, e tutti gl' intervenuti devono firmare il verbale e il testamento che resterà nel protocollo del notaro, art. 915.

Se il testamento è olografo, deve farsene deposito in mano di notaro, alla presenza di un Magistrato qual'è il Pretore, e di due testimoui — Deve farsi minuta descrizione del testamento in un verbale, e l'uno e l'altro debbono essere sottoscritti da tutti gl'intervenuti all'atto, art. 912 e 913.

(2) Pe' testamenti per atto di notaro, pubblici o privati che sieno, il testamento avrà subito la sua esecuzione, perchè vi è la sicurezza che provviene dalla fede pubblica dovuta agli atti notarili.

Ma, mancando tale fede pel testamento olografo, si dà al Pretore nell'atto del deposito, ed all'autorità giudiziaria se mai il testamento venga impugnato,

Digitized by Google

Esecutori testamentari

§ 612. Il testatore poteva affidare ad altri, piuttostochè all'erede, la esecuzione di qualche suo volere, come ad esempio per fare erigere qualche monumento, per far prestare i legati di alimenti, per pie opere ecc. Chi è destinato da lui a cosiffatte esecuzioni è un mandatario del testatore, e va distinto col nome di esecutore testamentario.

Come si vede l'esecutore testamentario è persona di fiducia del testatore, la qual fiducia in persona terza implica sfiducia dell'erede, o almeno impotenza o inettitudine di costui nel compimento di quegl'incarichi.

Rari erano i casi in cui per Diritto Romano facevansi codeste nomine di esecutori testamentarii, perchè, come abbiam veduto al § 577, v'era la pena della decadenza per quell' erede il quale debitamente avvertito dal Giudice lasciava spirare il termine di un anno senza sodisfare i legati e gli altri pesi impostigli dal testatore.

Assicurata la volontà del defunto con una pena così grave, non facea mestieri rivolgersi a persone di confidenza per averne la piena e perfetta esecuzione.

Ma dall'esser rari i casi di nomina di esecutori testamentarii, e al non trovarsi in Diritto Romano traccia di cosifatti esecutori, come qualche odierno interpetre vuol sostenere, corre differenza.

La teoria su questo proposito era in Diritto Romano poco sviluppata e precisata, ma vi era, e il principio che vi riluce è che lo esecutore testamentario è un mandatario. Veggasi Arndts Pandette § 504 (1). Veggansi L. 28, § 1. Cod. *de episcopis et clericis*, 1. 3.—Fr. 12.

---

la facoltà di emettere provvedimenti conservativi, art. 914 — Codesta facoltà si riduce a negare il possesso dell' eredità all' erede istituito, quando il testamento non apparisca sincero — Qui si à il principio di Diritto Romano applicato in tutta la sua forza — Fino a che niun dubbio fondato presenti un testamento, ben vi si può dare esecuzione — Ma quando il dubbio sorga, è necessario evitare la esecuzione di un atto di tanto momento — Che se così non fosse, potrebbe un qualche falsario ardito mettersi al possesso di qualunque eredità doviziosa.

(1) Per Codice civile non si riconosce la pena della decadenza della eredità per l' erede che non soddisfaccia i legati e gli altri pesi impostigli dal testatore, come abbiamo detto in nota al § 577. — Onde si è dovuta bene sviluppare e precisare la teoria relativa all'esecutore testamentario. Questi è un

Digitized by Google

§ ult. *mandati*, 17. 1. — Fr. 96. § 3. *de legatis*, 30. 1.—Fr. 17. *de legatis*, 31. 2.—Fr. 14. *de dote praelegata*, 30. 4.—Fr. 8. *de alimentis vel cibariis legatis*, 34. 1.

Ne' tempi posteriori a' Romani quella pena esorbitante della decadenza dell' erede che non soddisfacesse fra un anno i legati andò in disuso, il numero delle pie fondazioni venne sempre più crescendo, specialmente per la influenza del Cristianesimo, la vigilanza per la esecuzione de' testamenti si fece perciò più vivamente sentire cercando sempre gli eredi di non adempiere o almeno d'indugiare ciò che apporta a loro un aggravio, specialmente quando trattasi del vantaggio di corpi morali, e l' istituto degli esecutori testamentarii da per tutto venne estesamente svolto, tenendo sempre il mandato come principio direttivo.

---

mandatario del testatore per vegliare dopo la sua morte alla esecuzione di ciò che quegli a lui commette, art. 903, 908 capoverso 3, e 910.

Segue da ciò che si debbono osservare le regole del mandato, per lo che è disposto — 1. Che l'esecutore può liberamente accettare o rifiutare l'officio conferitogli, ma accettandolo è tenuto di adempiere le sue funzioni, nè può abbandonarle senza cause gravi sopravvenute, art. 1745 e 1761 — 2. Che non può essere esecutore testamentario chi non può contrarre obbligazioni, nè possono esserlo i minori nè anche con l' autorizzazione del padre, tutore, o curatore, art. 904 e 905 — 3. Che l'esecutore testamentario debba rendere il conto, art. 908 capoverso ultimo.

Ma l'esecutore testamentario è un mandatario *sui generis*, perciocchè, mentre il mandato può conferirsi a'minori emancipati art. 1743, questi non possono essere esecutori testamentari, art. 905; e perchè, mentre il mandatario deve render conto al mandante, l'esecutore testamentario deve renderlo agli eredi istituiti col testamento, art. 908 capoverso ultimo.

Per garantire la esecuzione de'legati, può il testatore concedere il possesso de' mobili all'esecutore testamentario, ma non degli stabili — Tale possesso è una specie di sequestro per evitare sottrazioni da parte dell'erede, onde non può il testatore concedere il possesso degli stabili, pe' quali manca quel pericolo — Ma il possesso medesimo non può durare oltre un anno per non prolungare di troppo uno stato anormale per cui l'erede à la proprietà e l'esecutore testamentario il possesso materiale — L'erede può far cessare tale possesso assicurando il pagamento de'legati, art. 906 e 907.

I doveri dell'esecutore testamentario sono:

1. Vigilare perchè il testamento sia eseguito,

2. Far procedere all'inventario de'beni dell'eredità,

3. Far apporre i sigilli quando fra gli eredi vi sono minori, interdetti, assenti, o corpo morale.

4. Fare istanza per la vendita de'mobili se il danaro non è bastante per pagare i legati, art. 908.

Se il testatore à nominato più esecutori dividendo le loro funzioni, ciascun

Digitized by Google

MODI PE' QUALI S'INVALIDANO I TESTAMENTI

§ 613. I testamenti restano infirmati per modi diversi, i quali prendono capo o da un vizio che è nella origine stessa dell'atto, o da un vizio sopragiunto di poi.

I testamenti che non sussistono per un vizio che li accompagna fin dal principio sono detti alcuni *nulli*, altri *rescissi*, ed altri *ingiusti*.

Quelli che s'invalidano per un vizio posteriore son chiamati alcuni *rotti*, altri *irriti*, ed altri *destituiti*.

I Giureconsulti erano precisi nella proprietà delle parole, e vedremo ne' seguenti punti perchè essi adoperavano quei termini in ciascuno de' casi diversi (1).

Testamento nullo

§ 614. Nullo è il testamento che non ha per legge alcun valore— *testamentum nullius momenti*.

Quando la legge espressamente dichiari la nullità di un atto, ov-

---

di loro è obbligato a rispondere del fatto proprio e non del fatto degli altri— V'à solidarietà tra gli esecutori ne'seguenti casi.

1. Se, non ostante la divisione delle funzioni fatta dal testatore, gli esecutori non siensi limitati alla cerchia de'rispettivi incarichi.

2. Se il testatore non à diviso le funzioni ed ànno tutti accettato, ed agito, ovvero à agito un solo in mancanza degli altri, art. 910.

Le funzioni dell'esecutore testamentario cessano — 1. con la morte di lui, essendo ufficio di confidenza personale quello affidatogli, art. 909 — 2. con l'esecuzione completa del testamento, perchè finisce la ragione del suo ufficio — 3. con la rinunzia se non abbia accettato, e se non sian sopragiunte cause gravi art. 1745 e 1761 — 4. con la destituzione provocata dagli eredi, arg. art. 269 num. 3 e 4, 1757 cap. 3 e 905. — L'esecutore testamentario à diritto ad essere risarcito dall'eredità delle spese da lui fatte per l'inventario, pel rendimento de'conti, e per le altre indispensabili per l'esercizio delle sue funzioni, art. 911.

(1) Anche per Codice civile, il testamento o è nullo da principio perchè mancante di alcuna delle condizioni richieste per la piena sua efficacia, o è valido da principio e viene in seguito annullato in tutto o in parte per cause sopragiunte di poi — Veggansi le seguenti note — Ma non v'è nomenclatura tecnica che faccia distinguere l'uno dallaltro caso.

Digitized by Google

vero quando un atto manchi di uno degli elementi che ne costituiscono l'essenza, l'atto vien riguardato senz'altro (*ipso jure*) come se non esistesse, *Nihili nullae sunt proprietates—Contra leges gesta, ipso jure infirma sunt, si id lex nominatim expresserit* (1).

Questo perciò è il primo modo per lo quale s' infirmano i testamenti, considerandoli come inesistenti.

Or il testamento era nullo o per un vizio nella persona stessa del testatore, o per un vizio nella prineipale solennità interna che era la istituzione di erede, cioè o quando il testatore fosse inabile vale a dire mancante della capacità di fatto, come ad esempio quando egli era pazzo, impubere ecc. o quando difettasse la istituzione di erede sia perchè non ne fosse stato istituito alcuno, sia perchè vi fosse stata preterizione de'figliuoli. La nullità del testamento lo facea interamente cadere, e venivano perciò annullate non solo la istituzione di erede, ma tutte le altre disposizioni testamentarie, come i legati, i fedecommessi ecc. (2).

Testamento rescisso

§ 615. Rescisso è il testamento quando ha la sua esistenza giuridica, ma è impugnato e reso nullo o inefficace da chi ne ha il diritto — *Rescindere* significa squarciare, e metaforicamente annullare.

Or, innanzi tutto, vengono rescissi i testamenti fatti per errore, per dolo, e per violenza, perchè son questi i tre vizii principali della volontà la quale dev' essere intelligente e libera V. § 306, 307. 308 (3).

Specialmente poi la rescissione de' testamenti si avea per la querela d'inofficioso testamento.

Codesta era un azione data in origine a' parenti i quali fossero stati preteriti nel testamento fatto dal defunto, e che doleansi di aver questi preferito gli estranei al proprio sangue—Ma dopo che sopragiunse l'istituto della legittima, quell'azione fu ristretta a' soli

(1) Teoria uniforme, arg. art. 86 Cod. proc. civ.

(2) Per Codice civile è causa di nullità la mancanza di capacità di fatto nel testatore, art. 763—Ma il testamento è valido anche quando manchi la istituzione di erede, e l'atto contenga soli legati, art. 759 e 760—La preterizione de' figli mena oggi al diritto di questi a conseguir la legittima, art. 805 e seguenti, e a far ridurre le disposizioni testamentarie o le donazioni, art. 821 e seguenti.

(3) Veggansi le note di Codice civile a' § 306. 307. 308.

Digitized by Google

legittimarii. Nè potea farsene a meno, perchè se tutti i parenti, lontanì che essi fossero, avessero ad essere istituiti eredi, non si avrebbe più la successione testata—Chi è che non ha parenti ? Potrà trovarsene qualcuno molto raro.

Concessa perciò la querela d'inofficioso testamento a' soli legittimarii, dobbiamo vedere perchè i Giureconsulti così la chiamarono, sopra qual base essa poggiava, quale ne era l'effetto, a chi precisamente fu data la facoltà di agire a base di tal querela, in qual modo questa cessava.

L'azione, di cui discorriamo, fu detta *quaerela* e non azione perchè il congiunto fa troppa ingiuria al proprio sangue agendo direttamente contro la volontà del defunto, ma gli è lecito però di menarne lamento—Furono aggiunte le parole—*inofficiosi testamenti*—perchè i più stretti congiunti hanno de' doveri incancellabili tra loro, come ad esempio, il padre verso il figlio e il figlio verso il padre—Quando l'uno di essi non considera l'altro nel testamento, manca al suo dovere, egli va *contra officium pietatis*, e il testamento è realmente *inofficioso.*

Senza perderci a ricercare la origine di tal quèrela, è certo che la base di essa fu di considerare il defunto come di mente non sana—*hoc colore, quasi non sanae mentis fuerit cum testamentum ordinaret.* Pr. Inst. *de inofficioso testamento* 2. 15. E per verità si accosta alla pazzia la dimenticanza o la diseredazione ingiusta del figlio o del padre—Se la natura ha saputo infondere in tutti un sentimento di amore immenso verso la prole propria, e verso gli autori de'proprii giorni, chi non lo sente e tratta senza ragione alcuna tanto malignamente il proprio sangue, è più pazzo che sano.

L'effetto perciò era di considerar come pazzo il defunto, di annullare il suo testamento e dar luogo alla successione intestata. Ma Giustiniano considerò che era troppo rigore quello di far cadere tutto il testamento, e che bastava far cadere la sola istituzione di erede, lasciando salve le altre disposizioni testamentarie come ad esempio i legati, i fedecommessi, le nomine di tutori ecc. Il prossimo congiunto dovea essere ben contento di divenire erede, ma era pur doveroso per lui di rispettare almeno nelle altre parti il testamento del defunto—E questa era la principal differenza tra la nullità e la querela di inofficioso, perciocchè per quella cadeva l'intero testamento, e per questa la sola istituzione di erede.

A chi per altro era concessa quella querela?

Non a' figli preteriti, perchè questi potevano agire per nullità del testamento—Non a' figli che fossero istituiti eredi in qualche scarso bene, perchè essi aveano il diritto di veder raggiunta la giusta mi-

Digitized by Google

sura della legittima con l'azione detta espletoria—Ne abbiamo parlato trattando delle sanzioni per assicurare la istituzione di erede o la diseredazione e per salvare la legittima al § 586.

Restava dunque che la querela d'inofficioso testamento era concessa a tutti gli altri legittimatarii i quali non si trovassero in quei casi, cioè —

1. A'figli e discendenti a'quali si fosse lasciata la legittima senza essere stati istituiti eredi

2. agli ascendenti che non fossero stati nè istituiti nè diseredati;

3. a' fratelli ed alle sorelle del pari preteriti, quando si fosse istituita erede una turpe persona;

4. a' diseredati per causa non riconosciuta dalla legge, ovvero per causa riconosciuta bensì ma non vera, ovvero a' diseredati senza alligarne alcuna causa purchè la diseredazione non si fosse fatta *bona mente* —

5. a' figli od a' nipoti che non fossero stati nè istituiti nè diseredati dalla madre;

6. a' figli naturali preteriti nel testamento della madre;

La querela poi come cosa odiosa cessava—1. con la morte della persona a cui sarebbe spettata, se pure al tempo di sua morte non ne avesse già promosso giudizio innanzi al Magistrato—2. col decorrimento di un quinquennio.

Che se la querela fosse stata rigettata, chi l'avea proposta perdeva in pena i legati lasciatigli col testamento da lui impugnato (1).

Testamento ingiusto

§ 616. Ingiusto è il testamento *quando sollemnia juris desunt* Fr. 1. *de injusto, rupto irrito testamento* 28 3, cioè quando difetti nelle solennità esterne—Dicesi ingiusto perchè il testamento si sarebbe fatto *contra regulas juris*, contrariamente alle forme stabilite dalla Legge—Così, per esempio, se non si fossero adoperati i testimoni con le qualità e nel numero richiesti dalla Legge, se il testamento

(1) Tostochè la querela d'inofficioso era diretta a far cadere il testamento per succedere ab intestato per parte di alcuni che avean diritto alla legittima, oggi il riscontro nel Codice civile sta nel diritto del legittimario ad aver la legittima, art. 805 e seguenti, riducendo le disposizioni testamentarie e le donazioni, art. 821 e seguenti.

non si fosse fatto con unità di contesto, o vi fosse stata qualche altra simile omesssione (1).

Testamento rotto

§ 617. Rotto è il testamento quando viene ad essere annullato con un atto posteriore di volontà dello stesso testatore, cioè quando il testatore rivoca il testamento primiero—Dal momento che la volontà umana è variabile fino alla morte, e il testamento non è altro che un atto di volontà essenzialmente rivocabile, bene dicevano i Giureconsulti che la volontà seconda rompeva la prima, e in certo modo la spezzava e riduceva nel nulla.

Rotto dunque è il testamento rivocato.

Ma la rivocazione può essere espressa, tacita, e presunta, e il testamento era rotto in qualunque di questi tre modi (2).

Vediamoli partitamente.

§ 618. Espressa è la rivocazione quando espressamente il testatore abbia dichiarato che rivoca il primo testamento — Ma perchè niente è più naturale che qualunque ligame di diritto si sciolga nello stesso modo col quale è stato stretto, così seguiva che la rivocazione dei testamenti era pienamente valida se si fossero adoperate le stesse forme usate nel confezionarlo, o almeno se si fossero adoperate per la rivocazione le solennità imposte dalla Legge per la formazione. Ma per eccezione si ammise che il testatore potesse rivocare il testamento presenti tre soli testimoni, quante volte fosse decorso un decennio dopo tale revocazione. L. 27. Cod. *de testamentis* 6. 23 (3).

§ 619. Tacita è la rivocazione quando il testatore fa un nuovo testamento, il quale non sia nullo—Poichè per Diritto Romano (come abbiamo veduto a'principii generali n. 6 7 ed 8 al § 557) niuno potea morire con due o più testamenti, ma invece valea l'ultimo soltanto, era a tale regola coerente questa che il nuovo testamento distruggeva del tutto l'antico (4).

---

(1) Teoria uniforme. Il testamento sarebbe nullo, art. 804.

(2) Teoria uniforme, art. 888 e seg. 916 e seg.

(3) Per Codice civile non essendo ammessi i testamenti nuncupativi, la rivocazione espressa dev'essere fatta in iscritto, il quale deve risultare o da un testamento posteriore, o da un atto ricevuto da un notaio in presenza di quattro testimoni che lo sottoscrivano art. 917.

(4) Per quanto si è detto in nota a'principii generali n. 6, 7, ed 8 il Codice civile ammette la contemporanea esistenza di più testamenti, e dichiara che il testamento posteriore il quale non revochi in modo espresso i precedenti, an-

Digitized by Google

Ma si avverta che il secondo testamento annullava il primo, quando il secondo fosse perfettamente valido, dapoichè se il secondo fosse stato per qualche ragione nullo, restava in vigore il primo (1).

La ragione è che nel caso in cui non si sieno osservate le rigorose formalità volute dalla legge per la validità del secondo testamento, devesi credere che il testatore abbia voluto che la sua prima volontà sussista per intero, e che non abbia rivocato tale volontà se non condizionalmente nel caso in cui il secondo suo testamento valga.

Il secondo testamento valido menava alla rivocazione del primo, anche quando in questo il testatore avesse apposta la clausola detta derogatoria, cioè anche quando il testatore avesse detto nel primo testamento di volerlo sempre fermo, non ostante qualunque derogazione che egli facesse con testamento posteriore (2). Perciocchè non può esser permesso ad alcuno di rendere irrevocabile il suo testamento, siccome abbiamo già detto nel principio generale n. 2 al § 557.

Era poi indifferente che il secondo testamento valido non avesse sortito effetto, come per rinunzia dell' erede, per premorienza dell'erede al testatore, ovvero per non essersi verificata la condizione sotto cui la istituzione fu fatta, poichè ciò non a che fare con la sostanza e con la perfezione del testamento (3).

Che se fosse stato dubbio quale di due testamenti fosse primo e quale secondo in ordine di tempo, allora restavano nulli entrambi e si andava alla successione intestata, perchè niuno potea morire con due o più testamenti (come si è detto ne'principii generali ai n. 6, 7 ed 8 al § 557) e non si sapea a quale di essi si sarebbe dovuto dare preferenza — In un sol caso due testamenti potevano sussistere entrambi, quando cioè fosse dubbia la priorità in ordine di tempo, fossero stati consegnati uniti, e si fossero unitamente e nello stesso involucro sigillati. Allora fu un medesimo atto di volontà quello che dominò nella formazione de' testamenti, sicchè essi debbono considerarsi come fossero un solo, come se in un solo foglio si fosse scritto ciò che era contenuto in due (4).

nulla in questi soltanto le disposizioni che si trovassero contrarie alle nuove o incompatibili con esse art. 920.

(1) Teoria uniforme, art. 917 e 918.

(2) Teoria uniforme art. 916.

(3) Teoria uniforme art. 921.

(4) Per Codice civile i testamenti debbono aver la data sotto pena di nullità art. 775, 778, 783, 804 — Onde si conosce quale di due testamenti è stato fatto prima e quale dopo — Ma se entrambi avessero la stessa data senza indicazione di ore, e se si restasse in dubbio della priorità, come potrebbe accadere specialmente ne'testamenti olografi, si avrebbero i due testamenti come scritti in uno stesso foglio.

Digitized by Google

§ 619. Presunta è la rivocazione quando questa si verifica per presunzione, cioè quando da un fatto noto, posteriore al testamento, si tragga la illazione di aver voluto il testatore rivocarlo.

Due erano i fatti presi di mira dal Diritto Romano.

Il primo fatto che menava alla illazione della rivocazione del testamento era la sopravvenienza de' figli siano postumi, siano quasi postumi, siano adottivi, siano legittimati.

Parliamo prima dei postumi e quasi postumi.

Già dicemmo innanzi al § 582 che il figlio postumo è quello che nasce dopo la morte del padre, e che i quasi postumi erano precipuamente gli Aquiliani e i Vellejani. Gli Aquiliani erano i nipoti nati dopo la morte del padre e dell'Avo, nel caso che il padre fosse premorto all'Avo — I Vellejani poi erano di tre classi.

a) I figli nati viventi il padre testatore, ma dopo che questi avea fatto il testamento

b) I figli nati dopo la morte del padre, ma vivente l' Avo, e prima che questi avesse fatto testamento

c) I figli nati dopo la morte del padre, ma vivente l' Avo, e dopo che questi avea fatto testamento.

Dicemmo pure che per Diritto Romano non potea farsi a meno di ammettere codeste estese categorie di quasi postumi, perchè la patria potestà era organizzata in modo che l'Avo la esercitava sopra i figli e sopra i nipoti, i quali passavano al luogo de' genitori tostochè questi morivano, ed erano considerati come figli di primo grado, e divenivano perciò *heredes sui* per rispetto all'Avo. *Filio de familia sublato, statim nepos ex eo in locum et gradum ejus succedit, atque ita succedendo in familia avi jus sui heredis quasi adgnatione nanciscitur.* Vinnio al § 2. Tit. de exeredatione liberorum (1).

Poichè di regola il postumo rompeva il testamento paterno, il quasi postumo rompea del pari quello del padre o dell'Avo secondochè il medesimo quasi postumo si fosse trovatò sotto la potestà del padre o dell'Avo — Il quasi postumo era messo allo stesso livello del postumo — *Quasi posthumus, exemplo posthumi, testamentum rumpit.* — Vinnio al § 1. Tit. de exheredatione liberorum.

Ma per qual ragione il postumo e il quasi postumo rompevano

(1) Come avvertimmo nelle note a' § 204 e 582, oggi la patria potestà è diversamente organizzata, l'avo non la esercita su'nipoti nè prima nè dopo che sia morto il figlio padre di costoro — Laonde si è ritenuto bensì il postumo cioè quello nato dopo la morte del padre, ma la categoria de' quasi postumi è ristretta al figlio nato vivente il padre testatore e dopo che questi à fatto il suo testamento e a'nipoti nati dopo la morte del padre e dopo il testamento dell'Avo art. 220, 310, 888. — Vedi nota al § 582.

Digitized by Google

il testamento del padre o dell'Avo che fosse? Il testamento è un atto di beneficenza, e l'amore immenso che ciascuno sente per la propria prole e pe'discendenti da essa, fa ben ritenere che il testatore non voglia abbandonare uno del proprio sangue sol perchè è nato dopo, ma voglia invece adequare la sorte di lui a quella degli altri— E quell'amore paterno fa ritenere a maggior ragione che il testatore voglia preferire il figlio proprio ad un estraneo che avesse istituito erede, e che non avrebbe certamente vantaggiato se avesse saputo che dal suo sangue sarebbe sorto quel rampollo.

Muore un padre, lascia la moglie incinta senza che egli stesso lo sappia, nasce il figlio, ed è troppo giusto che la sorte di costui sia messa a livello di quella degli altri figli, comunque questi si fossero istituiti, ed è troppo giusto inoltre che il figlio postumo la vinca sugli estranei istituiti eredi.

Un padre à fatto testamento avendo figli — Vivente egli ancora, nasce un altro figlio, senza che il padre innovi più il testamento medesimo — Non è giusto che pel solo silenzio del padre, il figlio sopragiunto abbia la sola legittima.

Un uomo à fatto testamento senza aver figli, e questi nascono dopo — È naturale che il testamento deve andar caduco e nel nulla.

Codesti ed altri simili casi possono ripetersi per Diritto Romano per riguardo all'Avo che esercitasse la patria potestà su'nipoti come se questi fossero figli di primo grado per la premorienza del padre.

E tutti tali casi svariati si risolvevano con la rottura del testamento, la quale menava alla successione intestata, in cui le sorti de' successibili erano adequate, e si dava la preferenza al sangue pel principio dell' affetto che l' ascendente serba eguale ed identico verso tutti i suoi discendenti, e dell' affetto che ciascuno sente per la prole propria a preferenza degli estranei. (Per tutto quanto abbiamo detto vegg ansi i § 1 e 2. Inst. *de exheredatione liberorum* 2. 13. — § 1 *Inst. tit. Quibus modis testamenta infirmantur* 2. 17. — § 2 *Inst. tit. de hereditatibus quae ab intestato deferuntur* 3. 1. — Fr. 29 § 12 e 13 *de liberis et posthumis* 28. 2.—*Gajo Com.* 2 § 130 e 134 e *Com.* 3 § 2 e 4. (1).

(1) Anche per Codice civile la presenza del postumo o del quasi postumo rompe il testamento, perciocchè l'art. 888 dice così — *Le disposizioni a titolo universale o particolare fatte da chi al tempo del testamento non aveva o ignorava di avere figli o discendenti, sono rivocate di diritto per la sopravvegnenza di un figlio o discendente legittimo del testatore benchè postumo* — Tutt' altro di cui si parla in tale articolo sarà da noi opportunamente ricordato al proprio luogo — Oggi pertanto la nascita del figlio postumo, cioè del figlio nato dopo la morte del padre, o del quasi postumo Vellejano (cioè di quello nato vivente

Il testamento restava anche rotto, cioè la rivocazione era pure ammessa, quante volte alcuno avesse fatto testamento credendo di

---

il padre ma dopo che questi à fatto il testamento e di quello nato dopo la morte del padre e dopo il testamento dell'avo) rivoca il testamento fatto prima della nascita del figlio o del nipote.

Il Codice a tal modo à trasportato alla materia testamentaria una disposizione che nel Codice francese leggevasi per le sole donazioni, e trasportandola l'à ampliata, perchè, mentre le donazioni restano rivocate per la sopravvegnenza di un *figlio* art. 1083, i testamenti restano rivocati per la sopravvegnenza di *un figlio o discendente* art. 888.

Ma intanto così per le donazioni come pe'testamenti à mantenuta la limitazione per la rivoca al solo caso in cui il testatore non avesse avuto figli o discendenti al tempo in cui donò o testò.

Codesta grave limitazione per Diritto Romano v'era per le donazioni (L. 8 Cod. *de revocandis donationibus* 8, 56), ma non vi era pe' testamenti (Veggansi le leggi Romane sopra indicate).

E il Diritto Romano procedeva acutamente e con ragion veduta — Perciocchè se un padre fa una donazione a un figlio escludendo altri figli, o fa una donazione ad un unico figlio che abbia, egli sa che la donazione è irrevocabile, e sa che se non vi è dispensa dalla collazione, la donazione deve esser conferita a'suoi coeredi art. 1001. Cosicchè per la irrevocabilità e per la collazione, il padre di famiglia à calcolato l'amor filiale in rapporto a tutta quanta la sua prole nata e nascitura — Onde la sopravvenienza del figlio postumo e quasi postumo non poteva aver forza di rivocare la donazione — *Cogitatum est de liberis.*

Ma non è così pe'testamenti perchè questi sono invece revocabili, e ciò che si lascia con essi non è soggetto a collazione art. 1008 — Un padre che abbia due figli uno maschio ed una femina fa, ad esempio, testamento, e dà la disponibile al maschio — Se mai la vedova è incinta, l'infelice postumo che nasce dovrà contentarsi della sola legittima — Così vuole il Codice civile. Del pari nello stesso caso, se dopo fatto il testamento nasca in vita del padre un altro figlio, può il padre non aver avuto agio nè tempo a riformare il testamento, e il novello nato è ristretto alla sola legittima — Tutto ciò è in dissonanza diretta a quanto deve presumersi per la volontà del morto genitore— Questi, che ama di pari affetto, tutta la sua prole, vuole l'eguaglianza tra essi, e specialmente tra i maschi —Un altro figlio che nasca dopo che il padre à fatto il testamento, varia sempre i precedenti calcoli di lui, perchè il suo amore si estende anche al novello arrivato.

Il Diritto Romano perciò ben faceva a rivocare il testamento del genitore per la sopravvenienza del figlio postumo o quasi postumo, anche quando il genitore al tempo del fatto testamento avesse avuto figli, e la limitazione imposta dal Codice civile non è logica perchè non corrisponde all'indole e alla natura de'testamenti, ed è anche contraria a'moti del cuore.

Il principio di Diritto Romano secondo cui il figlio *heres suus* ovvero il nipote posto al luogo di lui per la premorienza del padre dovea essere istituito o diseredato, sotto pena della nullità del testamento; e la estensione di tale regola al figlio postumo o quasi postumo, sotto pena della rottura del testamento medesimo, eran fecondi di effetti importanti, precisi, e che rendevano

Digitized by Google

non aver figliuoli, come ad esempio quando il testatore ritenendo morto il figlio assente o andato in guerra, avesse testato in pro di altri. Fr. 28 de inofficioso testamento 5. 2. Fr. ult. *de heredibus instituendis* 28. 5. (1).

La ragione non solo sta nell' errore che avrebbe mosso il testatore, ma riposa pur sempre nell' affetto paterno, dapoichè non si può supporre che il padre avrebbe testato a favore di alcuno dei suoi figli, e molto meno a favore di un estraneo se avesse saputo ancor vivo quel suo figliuolo. *In omnibus ratio legis valet, quae posita est in ratione pietatis.* (Cuacio 20 Obs. 5.)

In quanto a' figli adottivi e legittimati il testamento era rotto cioè rivocato se l' adozione o la legittimazione si fossero fatte dopo il testamento medesimo.

L' adozione e la legittimazione danno all' adottato e al legittimato la qualità di figlio legittimo, ond' è giusto che si applichino le medesime disposizioni. E in realtà, chi adotta o legittima altri sa di acquistare un figlio, e un atto tanto importante non è conciliabile con un testamento precedente perchè è da presumere che la pietà filiale la vince sull' amore verso qualunque altro (2).

Per altro il figlio postumo o quasi postumo adottivo o legittimato rompevano il testamento nel solo caso che non fossero stati istituiti eredi o diseredati, giusta quanto abbiamo detto per la diseredazione de' figliuoli a' § 580 e seg.—Se mai il padre di famiglia avesse istituito o diseredato il discendente postumo o quasi postumo, questi non aveano più il diritto di rompere il testamento. Fr. 10 *de liberis et posthumis* 28. 2. § 1. Inst. *de exheredatione liberorum* 2. 13. La ragione è anche evidente — Se il testamento del padre restava rivocato per la nascita del postumo o del quasi postumo, ciò era perchè si presumeva che tale era la volontà del defunto, il quale avrebbe fatto la rivocazione se fosse stato in vita, pel grande amore che ciascuno porta alla propria prole a preferenza degli estranei —

---

assolutamente completa e quadra la teoria — Non essendosi oggi fatto obbligo di quella istituzione, si è dovuto andar mendicando riparo agl'inconvenienti che si presentavano, ed a'quali non si è sufficientemente provveduto.

Qui abbiamo esaminato il modo tenuto dal Codice per non danneggiare i postumi e quasi postumi e ne abbiam veduto il difetto — Altro espediente s'impiega dal Codice nella materia delle sostituzioni, come abbiamo avvertito al § 606 riconoscendo una estesa classe di sostituzioni tacite— Meglio sarebbe stato seguire addirittura il sistema romano.

(1) Teoria uniforme art. 888.

(2) Teoria uniforme art. 888.

Digitized by Google

Ma se il genitore defunto à istituito o diseredato il figlio postumo o quasi postumo, v'è la sua volontà espressa, la quale fa tacere ogni presunzione contraria, e perciò essendosi disposto pel figlio, questi non potea più far annullare il testamento (1).

§ 629. Il secondo fatto che menava alla illazione della revoca del testamento è la lacerazione, la cancellatura, la cassatura di esso, ovvero la rottura de' sigilli che lo chiudevano — Ma con questa avvertenza che se tali segni si fossero fatti dal testatore con animo di rivocare il testamento (*consulto*) la rivocazione si verificava: se poi que' segni si fossero fatti bensì di mano del testatore ma per un accidènte qualunque e senza l'animo di rivocare il testamento (*inconsulto*), ovvero si fossero fatti da estranei, il testamento restava fermo — Fr. 1. *de his quae in testamento delentur* 28. 4, L. 30 Cod. *de testamentis* 6. 23. La ragione è chiara: nell' un caso si à, nell'altro non si à la volontà del testatore di rivocare il suo testamento.

Ma tale modo di rivocazione era ammesso in Diritto Romano pel sistema proprio di quel diritto, il quale partiva dal doppio principio che il testamento potesse farsi non solo in iscritto, ma anche a voce— Fr. 21. pr. *qui testamenta facere possunt* 28. 1. L. 21. § 2. Cod. *de testamentis* 6. 23: —2 e che le presunzioni si ammettevano sempre, senza alcuna limitazione e per provare qualunque specie di fatto. L. 15. Cod. *de liberali caussa* 7. 16. Il Diritto Romano ricercava la volontà del testatore, e, purchè questa constasse con qualunque genere di prova, la facea valere — Quel diritto, più che alla prova legale, si affidava alla prova morale, e a base di questa lasciava piena libertà al convincimento de'Giudici nelle contestazioni che sorgessero intorno alla revoca de'testamenti (2).

---

(1) Il Codice civile è uniforme in questa teoria, e stabisce che, non ostante la sopravvenienza de' figli o discendenti, la rivocazione non à luogo qualora il testatore abbia provveduto a tale caso art. 888 capov. 2., e non ostante la presenza del quasi postumo la sostituzione tacita non à luogo quando il testatore abbia altrimenti disposto art. 890 capov.

Il Codice civile intanto uguaglia perfettamente al postumo il figlio che nasca durante la vita del genitore e dopo che egli à fatto il suo testamento, ed il nipote nato dopo la morte del padre e dopo il testamento dell' avo, i quali figlio e nipote erano per Diritto Rom. anche quasi postumi art. 888 prima parte e capov. 1 e 2. Veggasi quanto abbiamo detto in nota a' § 582, 606, e 618.

(2) Il Diritto Romano ammetteva in tutti i casi la prova derivante dalle presunzioni, e molto più doveva ammetterle nella materia testamentaria perchè v'erano i testamenti nuncupativi — Il Codice Civile ammette le presunzioni ne'soli casi in cui è ammessibile la prova testimoniale art. 1354, e non riconosce i testamenti nuncupativi art. 774 — Il Diritto Romano tra i casi di rivocazione noverava la presunzione derivante dalla lacerazione, dalla can-

Digitized by Google

Tali sono i casi ne'quali per posteriore volontà espressa, tacita, o presunta, il testamento resta rotto cioè annullato.

Pur tuttavolta vi sono tre eccezioni.

La prima si à quando il testatore nel secondo testamento à dichiarato che vuole resti fermo e valido anche il primo testamento — Allora s'intende istituito un fedecommesso, come se il testatore avesse pregato l'erede istituito col secondo testamento di restituire la eredità all'erede istituito col primo. E nella realtà volendoli entrambi, come eredi, e non potendo per Diritto Romano coesistere due testamenti, restava che succedessero tutti e due l'uno appresso l'altro e la sostituzione fedecommissaria traspariva dalla volontà del testatore, dal momento che egli non potea variar la legge che vietava la contemporanea esistenza di due testamenti (1).

La seconda si à quando il quasi potumo, nato vivente il testatore, e che à rotto il testamento di costui, premuoia al testatore medesimo. In tal caso il testamento non avrebbe potuto avere effetto, perchè la presenza del quasi postumo già lo aveva annullato — Così, Tizio fa testamento, e dopo fattolo gli nasce un figlio il quale premuore a lui — La nascita del figlio rompeva il testamento del padre, non ostante che lo stesso figlio fosse premorto a lui. — Ciò non ostante il Pretore, vedendo rimosso quell'impedimento, dava il possesso

---

cellatura e dalla cassatura del testamento fatte *consulto* dal testatore — Il Codice civile tace intorno a ciò, e limita rigorosamente e tassativamente i casi ne'quali riconosce la rivocazione art. 888, 889, 917, 920. Sicchè altri casi di presunzione, oltre quelli fatti dalla stessa legge non si possono ritenere — Or il silenzio del legislatore intorno a quel punto, dimostra evidentemente che egli non à voluto riconoscere presunzione nel fatto della lacerazione, cancellatura o cassatura del foglio che contiene il testamento — La ragione è che si è variato di sistema, sia perchè le presunzioni oggi si sono limitate a' soli casi in cui si ammette la prova testimoniale, sia perchè non si riconoscono più i testamenti nuncupativi — Il Codice ha fatto poi tale variazione per dare una base certa e ferma alla causa testata e intestata — Come la formazione de'testamenti è appoggiata a rigorose solennità, così la rivocazione di essi doveva pure avere le sue forme severe e i casi ben precisati, togliendo ogni arbitrio al Magistrato — Se oggi un testamento olografo è cancellato o lacerato anche nella sola data o nella sola sottoscrizione, in modo da non potersene leggere il contenuto, perderà la sua forza legale, ma non per argomento di rivocazione presunta, sibbene perchè mancheranno gli elementi che costituiscono tale specie di testamento.

Chi vuole annullare seriamente un testamento olografo può benissimo darlo alle fiamme o distruggerlo in altro modo, ed appunto per facilitare codesta distruzione senza bisogno di una rivocazione espressa, la legge dà facoltà di ritirare il testamento segreto ed anche il testamento olografo che fosse stato depositato art. 922.

(1) Per Codice Civile potendosi morire con due o più testamenti art. 920,

Digitized by Google

de'beni secondo le tavole testamentarie, cioè dava forza al testamento (1). Era una equa disposizione che temperava il rigore della nullità e facea valere la volontà del defunto.

La terza si ha quando il testatore abbia rivocato il suo testamento, e lo voglia far rivivere con un semplice atto di volontà, senza formare un testamento novello. Stando allo stretto rigore, un testamento annullato o rivocato non ha più forza, e, come non basta un semplice atto di volontà per formare un testamento ma bisogna adoperare le solennità stabilite dalla legge, così del pari, a richiamare in vita un testamento rivocato, non basta un atto puro e semplice di volontà senza le solennità stabilite dalla Legge per la formazione stessa de'testamenti — È certo che il far rivivere un testamento già invalidato, significa disporre de'proprii beni, e vale lo stesso che testare, onde bisogna star duri alle forme — Pur tuttavolta il Pretore dava il diritto a succedere mediante il possesso de' beni *secundum tabulas*, in vista della equità che tale caso presentava—È vero che il testamento rivocato non vale più a nulla, ma il testamento non è alla fin fine che un atto di volontà vestito delle debite forme, e quando la volontà sia certa e le forme manchino, potrà non ritenersi valido un testamento, ma non dovrà il rigore estendersi al segno da non permettere che con quell'atto di volontà non si possa nè anche richiamare in vita un testamento rivocato, il quale non lascia mai di essere un atto certo e reale (2).

---

varrebbero tutti, quando sieno tra loro conciliabili — E se nel secondo testamento fosse espressamente detto che deve restar fermo e valido anche il primo, sarebbero coeredi quelli chiamati come eredi e nel primo e nel secondo testamento, e sarebbero collegatarii quelli a' quali si fosse data la cosa medesima: sarebbe data poi specialmente a ciascuno la cosa legata, se si fosse a ciascuno legata cosa diversa — La ragione è che oggi non si riconoscono fedecommessi, e gli atti debbono proteggersi affinchè reggano, anche perchè tale fu la volontà espressa dal testatore.

(1) Il Codice Civile, sebbene non riconosca tutta la estesa classe de'quasi postumi di Diritto Romano, ritiene il principio che se i figli o discendenti sopravvenuti premuoiano al testatore, la disposizione testamentaria à il suo effetto art. 889. V. nota al § 582.

(2) Il Codice Civile Italiano non à voluto ritenere codesto sentimento di equi-

Digitized by Google

Testamento irrito.

§ 621. Irrito è il testamento quando diviene inutile per diminuzione di capo del testatore, cioè quando questi perde lo stato di libertà, di cittadinanza, o di famiglia.

A chiarir bene la idea dobbiamo ricordare che tra le solennità interne v'è la capacità di testare; che tale capacità dovea essere di diritto e di fatto; che la capacità di diritto consisteva nel godimento del triplice stato di libertà, di cittadinanza, e di famiglia; e che il testatore dovea avere codesta capacità di diritto al tempo in cui faceva il testamento e al tempo in cui moriva, senza che nocesse la incapacità sofferta nel tempo di mezzo — Ne abbiamo parlato spiegando l'istituto della capacità di far testamento (*factio testamenti activa*) a' § 568 e seguenti.

Or quando il testatore, dopo fatto il testamento, avesse sofferto una diminuzione di capo, cioè da libero fosse divenuto servo, ovvero da cittadino fosse divenuto straniero, ovvero da uomo *sui juris* fosse divenuto *alieni juris*, il testamento si rendeva inutile e vano (*testamentum irritum*). La ragione era che il testamento prende forza con la morte del testatore, e se questi morendo si fosse trovato in uno stato d'incapacità di diritto, *res incidebat in eum casum a quo incipere non poterat*, vale a dire il testamento si sarebbe incontrato in un punto dal quale non potea cominciare per la mancanza di capacità, e perciò riusciva inutile. Vi era eccezione pe'prigionieri di guerra, pel peculio castrense e quasi castrense, e per la incapacità avuta nell'intervallo tra il testamento e la morte, e per tali casi ci rimettiamo alla teoria esposta per la capacità di diritto al § 569 (1).

Testamento destituito.

§ 622. Destituito, cioè deserto, abbandonato è il testamento quando l'erede non raccoglie l'eredità, sia perchè non vuole e la rinuncii,

---

tà, e si è attenuto al rigore del principio che come non si possono formare i testamenti con semplici atti di volontà, così con tali semplici atti non si possono richiamare in vita quelli espressamente rivocati — Per farli rivivere è necessario un nuovo testamentoe art. 919.

(1) Si è già detto nella nota al § 569 che il Codice Civile non richiede la capacità di diritto nel testatore, essendo stata tale capacità riconosciuta in tutti senza distinzione, onde la teoria del testamento irrito non à riscontro nel Codice Civile — Vedine le ragioni a tale nota.

Digitized by Google

sia perchè non può per esser premorto al testatore, ovvero per non essersi verificata la condizione sotto la quale è stato istituito, ovvero perchè l'erede muoia prima che la condizione si verifichi.

In tali casi cadeva tutto il testamento, non avean più vigore i legati, e si andava alla successione intestata, perchè se mai si fossero mantenuti in vita i soli legati, si sarebbe avuta nell' un tempo la successione testata e intestata contrariamente alla massima — *nemo potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere* — Inoltre la istituzione di erede era di essenza pel testamento, e perciò, mancando l' erede, il testamento perdeva tutta la sua forza.

Ma potea alcuno ripudiar dolosamente la eredità, o farla dolosamente ripudiare dall'erede nel fine di frodare i legatarii. Così, l'erede testamentario, ch' era anche erede legittimo, potea rinunciare l' eredità deferitagli per testamento nel fine di succedere ab intestato e non pagare i legati — Così, poteva l' erede testamentario rinunciare alla eredità dietro accordi presi con l' erede legittimo per far ricadere la eredità a costui, e nulla far toccare a' legatarii — Per codesti e somiglianti casi dolosi, soccorse il Pretore dando azione a'legatarii per esser pagati — In altri termini la rinuncia dell' erede faceva cadere i legati nel solo caso che si fosse fatta da lui in buona fede — Quel che si è detto de' legati, valea pure pe' fedecommessi.

Per altro Giustiniano, che con le sue novelle apportò tante variazioni al sistema successorio, ordinò che sebbene l' eredità fosse stata ripudiata, pure gli eredi *ab intestato* dovessero soddisfare i legati ed i fedecommessi, senza distinguere se la rinuncia si fosse fatta in buona o mala fede. Qualche scrittore sostiene che gli eredi ab intestato dovessero pagare i legati anche quando l' erede istituito non avesse potuto adire la eredità. Voet, *ad pandectas, Tit. de injusto rupto irrito testamento* n. 14 (1).

Regola comune

§ 623. A compimento di questa teoria intorno a' modi co' quali s' invalidano i testamenti, è da ricordare una regola importante, la quale è che, se non ostante la invalidità, i testamenti vengano confermati od eseguiti dall' erede, questi non ne può più opporre i vizii e negarne la inefficacia giuridica. L. 16. § 1. Cod. *de testamentis* 6.

---

(1) Per Codice civile, se manchi l' erede istituito perchè non voglia o non possa accettare l' eredità, si va alla successione intestata art. 853, 883, 890, 891 948. — Ma l' erede legittimo deve pagare i legati, perchè oggi si può morire in parte testato e in parte intestato, e può esistere un testamento anche senza istituzione di erede art. 759 e 760.

Digitized by Google

3 L. 10 Cod. *de fideicommissis* 6. 42. Fr. 10. § 1 *de inofficioso testamento* 5. 2. Per altro l'erede confermando o eseguendo il testamento deve conoscere i vizii da' quali è affetto. Arg. dalla L. 2. Cod. *de fideicommissis* 6. 42. Glossa alla L. 16. § 1. Cod. *de testamentis*. 6. 23.

La ragione, per la quale la conferma fatta dall' erede gl' impedisce di opporre i vizii, è che egli à una obbligazione naturale di rispettare la volontà del defunto, e confermando il testamento vizioso, trasmuta la sua obbligazione naturale in obbligazione civile.

La ragione per la quale l' esecuzione del testamento fatta dall'erede gl' impedisce del pari di opporre i vizii è che con la esecuzione egli fa un pagamento, e il pagamento è valido sia per estinguere una obbligazione civile sia per estingnere una obbligazione naturale.

Da ultimo la ragione per la quale si richiede che l' erede confermando o esegnendo il testamento ne conosca i vizii, è che, non conoscendoli, egli pagherebbe per errore e senza l' animo di soddisfare ad una obbligazione naturale (1).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1311.

Digitized by Google

LEGATI

§ 624. Abbiamo veduto che l' erede è il *successor in universum jus quod defunctus habuit*, che si trasfondono in lui tutti i diritti e tutti gli obblighi del defunto, del quale è giuridico continuatore e rappresentante (V. § 550 e 588). L' erede perciò non limita le sue relazioni ai beni che raccoglie, ma veste una personalità viva e ideale che viene a confondersi e a identificarsi con la personalità del defunto.

Il legatario per converso non à quel carattere di vita e di personalità che distingue l' erede, anzi sta nella essenza di lui di non averne — Tutta la sua qualità si limita ad un rapporto con ciò che il testatore gli dà.

Ond' è chiara e bella la definizione del legato scritta dal Giureconsulto Fiorentino — *Delibatio hereditatis qua testator ex eo quod universum foret heredis alicui aliquid collatum velit*. Fr. 116 *de legatis* 30,1. (1). Il legatario pergusta la eredità, ne à qualche cosa, la deliba (*delibatio hereditatis*) — questa qualche cosa è tolta dall' universalità de' beni lasciati agli eredi (*ex eo quod universum foret heredis*)— ma tale qualche cosa non offre altro che un rapporto tra la cosa e il legatario, senza che questi possa mai venir considerato come erede (*alicui aliquid collatum velit*).

La parola *legato* nel suo significato primitivo indicava l' atto stesso di testare, come scorgesi dalle parole delle 12 Tavole — *paterfamilias uti LEGASSIT super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*—, ma di poi quella parola fu presa in opposizione all' altra d' istituzione di erede, *instituere*, *institutio*. (*Marezoll*, § 199).

§ 625. Devesi intanto ben precisare chi per Diritto Romano era ritenuto come legatario.

Non solo era legatario quegli che avesse avuto dal defunto una cosa corporale o incorporale, cioè una cosa materiale o un diritto, ma anche chi avesse avuto una quota dell' eredità, come ad esempio il terzo, il quarto di essa, senza essere istituito erede — E il legatario di una quota si chiamava *legatarius partiarius*, e il legato si distingueva in tal caso col nome di *legatum partitionis*. *Ulpiani*

(1) Teoria uniforme, arg. art. 760 ed 827.

Digitized by Google

fragmenta Tit. 24 § 25—Gaj. Com. 2, § 254. Vedi *Mayns*, *Droit Romain*, pag. 612, vol. 3. Veggasi quanto si dirà al § 644.

Qui bisogna soffermarci alquanto per non ingenerar confusione nella mente de' giovani.

Per Diritto Romano se il testatore istituiva alcuno suo erede e gli dava una quota della eredità, l' istituito era erede; ma se il testatore dava a taluno una quota della sua eredità senza istituirlo erede, egli era un legatario.

La ragione che muoveva i Giureconsulti Romani era che la istituzione di erede dovea esser tutta opera del testatore, senza che la legge potesse a forza di presunzioni creare un erede testamentario— Que' Giureconsulti volevano veder netto in cosa di tanto momento qual' è la istituzione di erede, e far valere per essa la volontà espressa del defunto, e non già la volontà presunta dal legislatore. Il semplice fatto del lascito di una quota ereditaria non menava alla illazione di aver voluto il testatore conferir la nomina di erede, la quale nomina invece dovea esser fatta espressamente dal defunto. Vero è che le liti si moltiplicavano, perchè, potendo il testatore istituir l' erede *quibuscumque verbis* (§ 588), si dava luogo ad interpetrazione della volontà di lui per vedere se avesse voluto con le parole usate conferire o no la qualità ereditaria a quello a cui dava una quota; ma restava sempre fermo il principio che la istituzione di erede dovea essere espressa e non presunta. (1).

§ 626. Per diritto antico Romano la formola de' legati era molto rigorosa, al segno che da essa dipendeva il diritto del legatario — Talvolta il diritto era reale, cioè veniva trasferita direttamente dal testatore al legatario la proprietà della cosa, e allora si avea il legato per *vindicationem* — Tal' altra il diritto era personale, dipendente cioè

(1) Per Codice Civile chi à una quota di eredità, sia o non sia nominato erede, è erede, art. 760. La ragione è che deve presumersi di aver voluto il testatore considerare come suoi successori universali quelli a' quali diede il tutto o una quota del tutto, perchè egli ebbe di mira la universalità de' suoi beni. In realtà poi si è creduto dal legislatore odierno di semplificare la materia, principalmente per evitare le liti, dappoichè, potendosi designare l' erede o il legatario con qualunque denominazione, art. 827, sarebbe stato dubbio in molti casi se la designazione fatta significasse nomina di erede, ovvero di legatario — Data perciò da alcuno la universalità de' beni o una quota di tale universalità, il codice presume che il testatore lo abbia voluto suo erede — Laonde oggi è legatario soltanto chi à avuto una cosa singola, ed è erede chi à avuto l' universalità o una quota de' beni del testatore, art. 760 — Da ciò si vede che il principio è mutato, perchè, mentre per diritto romano si volea la volontà espressa del testatore, per aversi l' erede in una quota de' beni ereditarii, oggi si ammette la volonà presunta, vale a dire dal fatto noto della disposizione per una quota, si trae l' ignoto della qualità ereditaria.

Digitized by Google

dall' obbligo imposto dal testatore all' erede di dare o di far qualche cosa, e il legato diceasi *per damnationem* — Di mezzo a questi due legati, v' era il legato *sinendi modo*, il quale alcuna volta risentiva del legato *per vindicationem* ed alcune altre di quello *per damnationem* — Finalmente v' era il legato per *praeceptionem*, il quale riferivasi al caso in cui il testatore ordinasse che qualche suo erede prelevasse dalla massa ereditaria alcuna cosa.

Schiariamo bene tali idee.

Se il testatore legava una cosa certa con le parole — *do*, *lego*, *sumito*, *capito*, *sibi habeto* — il legatario potea, come proprietario della cosa medesima, domandarla e spiegare azione di revindica — Ecco perchè il legato era detto *per vindicationem*, e perciò, come per ogni altro diritto reale, presentava un rapporto tra il legatario e la cosa. Per la validità di tale legato era necessario che il testatore avesse avuto il dominio quiritario della cosa al tempo del fatto testamento, e al tempo di sua morte, meno per le cose fungibili per le quali bastava che il dominio di lui vi fosse stato soltanto al tempo della morte. *Gaj. Com.* 2, § 193 a 196. *Ulpiani fragmenta* Tit. 24, § 3 e 7 — Fr. 23 *de rei vindicatione* 6. 1.

Se invece il testatore imponeva un obbligo all' erede di dare qualche cosa al legatario, o di fare qualche cosa per lui, con le parole *heres meus dato*, *facito*—*heres meus damnas esto dare*, *facere*—il legatario, avea bensì il diritto ma dovea rivolgersi all'erede, affinchè questi desse o facesse. Tale legato dicevasi *per damnationem*, perchè costituiva una condanna dell'erede, un obbligo di lui, e perciò presentava un rapporto tutto personale tra il legatario e l'erede — Con questa forma potea lasciarsi in legato qualunque cosa, anche quando fosse stata di altrui, nel qual caso l' erede dovea procurarla dal terzo e darla al legatario, ovvero pagargliene il prezzo di stima. *Gaj. Com.* 2, § 201 a 204 — *Ulpiani fragmenta* Tit. 24, § 4, 8, 9. *Pauli sententiae* Lib. 3. Tit. 6, § 10.

Quando poi il testatore dava una cosa al legatario, e dicea che l' erede dovea concorrere alla prestazione del legato con la formola— *heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem*, *sibique habere* — allora si avea il legato *sinendi modo*. Con questa formola potevano legarsi le cose del testatore e dell' erede. Se la cosa legata era del testatore, il legatario aveva un' azione reale vindicatoria, perchè la cosa era sua pel diritto trasferitogli dal testatore che n' era il proprietario. Se poi la cosa era dell' erede, il legatario avea un' azione personale, perchè il testatore avea imposto un obbligo all' erede, il quale lo avea accettato con l' adizione dell' eredità. *Gaj. Com.* 2. § 209 a 211, *Ulpiani fragmenta* Tit. 24, § 5 e 10.

Finalmente il testatore potea ad uno o a più eredi fare un pre-

Digitized by Google

legato, e in tal caso si avea il legato *per praeceptionem*, e quegli cui si fosse fatto tale lascito potea dagli altri coeredi ripeterlo mediante l' azione di divisione dell' eredità. *Gaj. Com.* 2. § 217 e 221 — *Teofilo al* § 2, Istit. Tit. *de legatis.*

Codesta rigorosa distinzione, rispondente alle diverse formole adoperate dal testatore, menava ad inconvenienti, perciocchè, se mai il testatore avesse legato per *vindicationem* una cosa dell' erede, o avesse legato una cosa altrui con la formola *sinendi modo*, il legato era nullo — Laonde per un Senato Consulto fatto sotto Nerone venne disposto che se il legato si fosse potuto ridurre alla formola *per damnationem*, ch' era la più larga, il legato sarebbe stato valido. *Gaj. Com.* 2. § 197. 212. 213. 220. 222 — *Ulpiani fragmenta* Tit. 24. § 11. Anche meglio vi provvide l' Imperatore Costanzo, il quale permise che potesse farsi qualunque delle suddette quattro specie di legati con qualsiasi forma. L. 21. *Cod. de legatis* 6. 37.

Giustiniano poi semplicizzò le cose ancor più, perciocchè ordinò che dovesse pe' legati interamente valere la volontà de' defunti, qualunque fossero state le parole da lui adoperate, e concesse secondo i casi l' azione reale *vindicatoria*, e l' azione personale *ex testamento*, e l' ipoteca su' beni ereditarii per la sicurezza del legato. § 2. Inst. *de legatis* 2, 20 — L. 1. Cod. *communia de legatis* 6. 43. (1).

§ 627. Inoltre sempre nel fine di semplicizzare la teoria de' legati e quella ancora de'fedecommessi, vennero tali due materie adeguate *ratione formularum et solemnitatum.*

Così i legati doveano esser fatti in forma imperativa, scriversi in lingua latina, e restringersi alla successione testata, mentre per converso i fedecommessi risentivano della forma di preghiera, poteano scriversi in lingua greca, ed erano compatibili con la successione intestata.

Adeguati gli uni agli altri, disparve quella differenza, e i legati

---

(1) Per codice civile italiano, il legatario di una cosa certa à diritto all'azione reale vindicatoria, perchè egli acquista la proprietà della cosa medesima dal momento della morte del testatore art. 862, e perchè ogni proprietario può dovunque e presso chiunque rivendicare la sua cosa, art. 439 — Ciò vale e quando la cosa certa sia del testatore e quando sia dell' erede, la cui personalità si confonde con quella del suo autore — Ma non è così se la cosa certa sia di altrui, perchè allora l' azione sarebbe personale art. 837.

Quando non si tratti di cosa certa, il legatario avrà il diritto all' azione personale a base del testamento contro l' erede, perchè chi accetta un' eredità si obbliga con quasi contratto verso i legatari, art. 1140.

Una vera e propria azione ipotecaria oggi manca pe' legatarii, ma la si può esercitare per la ipoteca che si prende mediante la separazione de'beni per gli stabili art. 2060.

Digitized by Google

divennero validi anche quando si fossero fatti in forma di preghiera, scritti in lingua greca, o fossero stati disposti da chi non istituiva eredi.

Quest' ultima innovazione fu la più grave, perchè essendosi tolta la necessità di vedere uniti i legati con la successione testata, pe'legati si ebbe un' aperta eccezione al principio—*nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere* — Potea alcuno morire intestato, e lasciare ciò non ostante de' legati, mentre per prima il legato dovea esser disposto con testamento ovvero con codicillo confirmato con testamento, il quale non potea esistere senza la istituzione di erede, onde la dipendenza del legato dalla successione testata.

A tal modo la teoria de' legati venne sempre più umanandosi, perchè si diede maggiore libertà al testatore.

Per altro la differenza di sostanza tra i legati e i fedecommessi restò ferma, gl' istituti si resero più facili e spediti, ma rimasero sempre distinti nella diversa loro natura. L. 2. Cod. *Communia de legatis* 6. 43, § 3, Inst. *de legatis* 2, 20. Veggansi Ortolan e Vinnio a tal § delle Istituzioni (1).

Esposte così le idee preliminari relative a' legati, dobbiamo per amore di ordine dividere la materia in più parti distinte.

La prima è relativa alle persone che debbono concorrere ne' legati.

La seconda alle regole comuni alla istituzione di erede ed a' legati.

La terza all' oggetto de' legati.

La quarta agli effetti de' legati.

La quinta a' modi pe' quali i legati s' immutano e si estinguono,

La sesta alla Legge Falcidia.

PERSONE CHE DEBBONO CONCORRERE NE' LEGATI

§ 628. Tre sono i soggetti che prendono parte ne' legati, cioè— 1. chi fà il legato (il testatore) — 2. chi lo riceve (l' onorato, cioè il legatario) — 3. chi lo presta, vale a dire chi lo paga (l' onerato, cioè il gravato).

Primo Soggetto — Il testatore —

Per esso vale la massima — *quicunque potest heredem instituere*

(1) Ancor più semplice è oggi la teoria de' legati, non essendosi di regola riconosciuti i fedecommessi, art. 899 — Del rimanente se per Codice Civile, come più volte abbiamo avvertito, possono coesistere la successione testata e la intestata, a maggior ragione sono compatibili la successione intestata e i egati, art. 759 e 760.

Digitized by Google

vel testamentum condere, idem potest legata relinquere. Veggansi Fr. 2 e 114 pr. e § 1. *de legatis* 30 1, e la ragione è che sono disposizioni testamentarie tanto le istituzioni di erede quanto i legati — Per lo che tutto ciò si è detto per la capacità di testare, e pel tempo in cui è necessario godere di tale capacità a' § 568 a 570, va ripetuto per la capacità di fare i legati (1).

Secondo Soggetto — L' onorato, cioè *il legatario.*

Per questo vale l'altra massima—*omnibus qui possunt heredes institui legata relinqui possunt* — Ritraendo vantaggio dalla eredità tanto gli eredi quanto i legatarii, sebbene questi abbiano la rappresentanza giuridica del defunto, è giusto che entrambi sieno adeguati nelle regole intorno alla capacità ed alla indegnità, movendo tali punti dai medesimi principii e per gli eredi e per i legatari. Ma si avverta che il legatario non aveva bisogno di accettazione, mentre l' erede doveva adire l' eredità : il legato passava invece di pieno diritto al legatario, il quale per altro poteva rifiutarlo, come meglio vedremo a proprio luogo. Donde seguiva che il legatario doveva avere la capacità al tempo del fatto testamento, della morte del testatore, e dell' adizione dell' eredità (2)

Si fanno per altro alcune eccezioni — La 1ª è che non si applicano ai legati quelle regole che sono proprie dell' erede e che non possono per loro natura adattarsi ai legatarii (3).

La 2ª è che i testimoni intervenuti al testamento sono capaci di ricevere per legato, sebbene i testimoni fossero incapaci di ricevere come eredi — La ragione si è già detta parlando della capacità relativa totale o parziale, ed è che i Romani attaccavano molta importanza alla istituzione di erede, per lo che adoperavano il massimo rigore per gli eredi, ed erano benigni co' legatarii (4).

La 3ª è che quando si tratta di legati di alimenti, sono capaci di riceverli anche coloro i quali sono incapaci di ricevere come eredi e come legatarii. La ragione consiste nel favore che la legge

(1) Teoria uniforme, art. 762 e 763.

(2) Anche per il Codice civile le regole sulla capacità e sull' indegnità proprie degli eredi sono applicabili ai legatari, art. 764 e seg. Ma il legatario, come l' erede, deve essere capace soltanto al tempo della morte del testatore, art. 724, 764, 853, 857, 890, 923.

(3) È codesta una regola logica più che legale, e riesce perciò anche oggi applicabile.

(4) Per Codice Civile, non essendosi data importanza alla istituzione di erede per la sussistenza de' testamenti, si è applicato per tutti il principio che niuno può in un medesimo atto esser parte interessata e testimone, e si son dichiarati inefficaci tanto le istituzioni di erede quando i legati fatti in favore de' testimoni, art. 771.

Digitized by Google

sempre concede alla causa alimentare, la quale ha la sua base nei sentimenti di umanità — ne homo pereat.—Fr. 11 *de alimentis legatis* 34, 1. (1).

Terzo Soggetto — L'onerato, cioè il gravato.

Per questo vi è una terza massima, cioè—*omnibus qui aliquid ex testamento accipiunt injungi potest ut legata solvant modo non magis onerentur quam honorati sunt*—Può essere gravato di un legato tanto l'erede quanto il legatario, perciocchè chi benefica ha diritto di imporre pesi al beneficato, e beneficato è non solo l'erede, ma anche il legatario. Così, per esempio, può legarsi ad alcuno un fondo con l'obbligo di dare gli alimenti ad un altro. Non deve però il gravato avere un carico superiore al benefizio ricevuto, per la ragione che il benefizio non deve ritorcersi in danno del beneficato, e perchè il legatario non à come l'erede il beneficio d'inventario per lo quale questi non è tenuto a pagare i debiti e i legati *ultra vires hereditarias* (2).

Ma nella valutazione del beneficio, si debbono tenere a calcolo i frutti ritratti dal legatario, e dedurre le diminuzioni avvenute nella cosa legata senza colpa di lui, e le spese da lui fatte per la conservazione (3).

È da avvertire però che per Diritto Romano antico il solo erede potea esser caricato di legati, e che potettero esserne gravati anche i legatarii tostochè vennero adeguati i legati a'fedecommessi, come abbiamo veduto d'innanzi al § 627. Perciocchè chi avea per fedecommesso una cosa singola potea essere obbligato ad altro fedecommesso di singola cosa, e adeguati i legati a'fedecommessi, ne seguì che anche i legatarii potessero essere gravati di un legato *modo non magis onerati quam honorati.*

Inoltre il testatore può gravare di legati alcuni soltanto fra i suoi eredi, e può ancora gravarli tutti, nel qual caso ciascuno s'intende gravato in ragione della rispettiva porzione ereditaria, dovendo il peso distribuirsi a seconda del beneficio, a meno che il testatore non avesse voluto gravarli in porzioni virili. E si presumevano gli eredi gravati in porzioni virili quando il testatore li avesse nominati, perchè la enunciazione delle persone accenna all' adeguamento di esse nella prestazione del legato (4).

---

(1) L'eccezione è ristretta ai soli figli naturali, per i quali è vietato il riconoscimento, e che si sieno scoverti nei casi tassativi indicati dall' art. 193.

(2) La teoria è uniforme per codice civile e la si desume per argomento dagli art. 827, 838 e 955.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 444, 445, 864 ed 865.

(4) La teoria è uniforme, ma il codice non ha ritenuto quella presunzione,

Digitized by Google

Dall' essere il peso del legato divisibile fra i coeredi, segue che tale peso debb' essere risentito da tutti anche quando il testatore abbia fatto un legato di cosa che è propria di un solo de'coeredi. Costui dovrà dar la cosa sua al legatario, ma avrà regresso contro gli altri coeredi per la rata spettante a ciascuno, purchè non risulti che la volontà del testatore è stata quella che il legato si delibasse dalla sola quota di lui, anzichè da tutta l' eredità (1).

Codeste sono le persone, il cui concorso è necessario in un legato, e codeste sono le brevi regole dalle quali vanno governate. Congiungendo a tali regole le altre, già ricordate al § 599, che cioè la cosa legata va divisa in parti uguali fra i legatarii se il testatore non abbia altrimenti disposto, e che i chiamati congiuntamente si considerano per una sola persona e prendono parte eguale a quella de' chiamati individualmente; si avrà una teoria lucida e semplice a proposito delle tre persone diverse che in ogni legato prendono parte.

§ 629. Se non che la teoria medesima si rende, per i diversi sistemi dei giureconsulti, complicata e difficile quando legatario è uno degli eredi.

L' erede può avere dal testatore un legato ovvero un prelegato.

Le regole proprie dei legati fatti all' erede (come or ora diremo) sono per alcuni Giureconsulti uniformi alle regole proprie dei prelegati, e per altri Giureconsulti sono invece difformi: perlocchè conviene conoscere in che precisamente consista il legato fatto all'erede e in che il prelegato.

Prelegato è la disposizione con cui il testatore autorizza un coerede a prelevare una cosa ereditaria ad esclusivo suo vantaggio. È una specie di precapienza, di anteparte, di preoccupazione concessa all' erede favorito. — É il legato *per praeceptionem* dell' antico Diritto Romano.

Legato fatto all' erede è la disposizione con cui il testatore fa pergustare a lui qualche cosa singola oltre al diritto nell' *universum jus*, che gli spetta. La cosa può essere della stessa eredità, può essere di uno dei coeredi, di uno dei legatarii, o anche di un terzo, può consistere in un obbligo che il testatore impone al coe-

---

che in realtà poggiava sopra una base molto incerta qual' era il fatto di avere il testatore nominato gli eredi che doveano prestare il legato, il quale fatto non rivelava con certezza l' intenzione di lui di volere, cioè, tenerli gravati per porzioni virili e non in proporzione della quota ereditaria. Vegganși gli art. 868 ed 869.

(1) Teoria uniforme, art. 869 capov.

Digitized by Google

rede in vantaggio del coerede legatario, o che impone al legatario in vantaggio dell' erede, può consistere in un credito, in una remissione di debito ecc.

Da ciò si vede quanto è differente il prelegato dal legato — Il prelegato dev' essere sempre di una cosa dell' eredità, il legato può essere di cosa che non sia dell'eredità: l'erede prelegatario ha sempre come erede una parte di suo diritto nella cosa prelegatagli, onde si dice che egli à doppia veste di erede per la parte della cosa che gli spetterebbe come erede, e di legatario per la parte di tal cosa che toccherebbe agli altri coeredi, mentre l'erede legatario può non aver diritto come erede nella cosa legatagli; il prelegato può farsi ai soli eredi, mentre il legato può farsi ad eredi e ad estranei: per costituire il prelegato non sono necessarie tre persone, perchè manca l' onerato, cioè il gravato, mentre niuno deve pagarlo, e l'erede prelegatario ha direttamente la cosa prelegatagli agendo per divisione di eredità; il legato ne richiede senz'altro tre, cioè, testatore, onorato, ed onerato (1).

Se poi una determinata disposizione testamentaria a vantaggio di un coerede costituisca un prelegato ovvero un legato, è questione di fatto, cioè di interpretazione della volontà del testatore.

Molte volte il testatore parla chiaro, e dice che fa un prelegato, ed allora non vi può essere dubbio—Altre volte, non è così chiaro, dice di fare un legato, e in realtà egli ha inteso fare un prelegato— I giudici, nella varietà de' casi, daranno alla volontà del testatore la retta interpretazione.

Che dipenda dalla interpretazione della volontà del testatore il decidere se una determinata disposizione di lui costituisca prelegato o legato, è cosa certa, ove si ponga mente che la distinzione delle specie diverse de' legati per *damnationem*, *per praeceptionem* ecc. fu bandita, tostochè si sciolse la volontà del testatore da'ligami di rigorose forme estrinseche, e di parole sacramentali, e le si diè forza in qualunque modo la volontà di lui si fosse espressa, come abbiamo detto al § 626.

§ 630. Vedutasi la differenza tra legati e prelegati, è a sapere che in quanto ai prelegati i giureconsulti erano concordi.

Se il prelegato si fosse fatto ad un solo dei coeredi, egli prendeva tutta la cosa prelegatagli Fr. 34, § 1, *de legatis*, 31. Se il prelegato si fosse fatto ad alcuni di più coeredi, codesti prelegatarii si dividevano la cosa a parti uguali, benchè fossero stati istituiti eredi a parti disuguali Fr. 2, *de instructo vel instrumento legato*, 33,7. Lo

(1) Il cod. civ. riconosce i prelegati e i legati, ma entrambi li confonde negli effetti, e li chiama sempre legati — Veggansi art. 945 capov. e 1003.

Digitized by Google

stesso era se un prelegato si fosse fatto a vantaggio di tutti i coeredi istituiti in parti disuguali nella eredità, e ciò si trae per argomento da tale frammento. Che se un prelegato si fosse fatto ad uno che era stato egli solo istituito erede, ovvero un prelegato si fosse fatto a vantaggio di tutti gli eredi istituiti in porzioni eguali nella successione ereditaria, il prelegato era evidentemente inutile, perchè nel primo caso l' erede unico avrebbe avuto diritto a tutto, e nel tutto era compresa la parte prelegata; e nel secondo caso tutti i coeredi aveano e per la eredità e pel prelegato un medesimo diritto — Quando poi il testatore avesse tra tutti i coeredi fatto un prelegato a parti disuguali, cioè quando il testatore avesse assegnato a' suoi eredi disugualmente le parti della cosa prelegata, allora dovea eseguirsi la volontà di lui Fr. 9, § 13, e fr. 35 pr. e § seq. *de heredibus instituendis* 28, 5.

Codesta teoria è semplice, sicura e giusta. Ma i Giureconsulti eran discordi pel caso in cui il testatore avesse fatto ad uno o più eredi un legato e non un prelegato—La ragione della discordia fra loro dipendeva da che il prelegato viene ad esser prelevato nella massa ereditaria dal coerede favorito, e riducendosi ad un prelevamento non ammette difficoltà, perchè (come abbiamo innanzi avvertito) nel prelegato manca il gravato, e il prelegatario agisce direttamente per avere la cosa mediante azione di divisione ereditaria; mentre il legato, oltre al testatore che lo dispone, richiede una persona che lo dia ed altra che lo riceva, cioè uno che paghi ed altro che esiga, dal momento che il legato è sempre un peso. Di che segue che niuno erede può essere gravato di un legato che debba pagare a se stesso—*heredi a semetipso legatum dari non potest* Fr. 16, § 1, *de legatis*, 30, 1. È illogico pensare, che uno possa esser all' un tempo creditore e debitore di se stesso — Onde alcuni Giureconsulti, e precisamente Ulpiano, Pomponio e Fiorentino, ritenevano assolutamente nullo il legato fatto ad un erede, almeno nella parte che egli come erede avrebbe dovuto prestare — *A semetipso inutiliter legatum videtur*. Fr. 34, § 11, *de legatis* 30. 1. E così se mai una medesima cosa si fosse legata a due persone una delle quali fosse stata istituita erede, questa nulla ne prendeva, e la cosa legata si dava tutta al collegatario non istituito erede. Fr. 34, § 11 *de legatis*, 30, 1. Se a due eredi istituiti uno in undici dodicesimi della eredità, e l' altro in un dodicesimo, si fosse fatto un legato, quegli avea un dodicesimo, e questi undici della cosa legata, cioè essi profittavano del legato in ragione inversa della rispettiva quota ereditaria Fr. 34, § 12, *de legatis*, 30, 1. E così per altri diversi casi, anche nella ipotesi che la cosa si fosse legata a vantaggio di

Digitized by Google

alcuni degli eredi e di estranei. Fr. 116, § 1, *de legatis* 30, 1. Sempre que'Giureconsulti partivano dal principio che l'erede, oltre al pagamento di ciò che deve dare ad altri a titolo di legato, perdeva la parte di legato che come erede avrebbe dovuto pagare a sè stesso, perchè niuno può essere creditore e debitore di sè medesimo.

Come si vede la teoria è logica, ma le conseguenze riuscivano sovente bizzarre, e talvolta inique — E così, come mai può credersi giusto che fattosi un legato a vantaggio dell' erede e di un estraneo, l' erede niente debba avere, e l' estraneo debba prendersi tutto? Come mai fattosi un legato a due eredi istituiti in parti disuguali nella successione ereditaria, il legato deve profittare in ragione inversa della quota di eredità? Non è nuovo che la logica contrasti con la equità, ed i Legislatori non debbono per amor di logica diventare iniqui.

Per lo che altri Giureconsulti, cioè Giuliano e Gajo, la pensavano diversamente, ed applicavano pe' legati i principii stessi che valevano pe'prelegati. È vero che niuno può esser creditore e debitore di sè stesso, ma è vero pure che un diritto sulla cosa legata si era all' erede conferito dal testatore, alla cui volontà non può contrastarsi con logiche sottigliezze.

Facciamo ora pe' legati le medesime ipotesi già innanzi fatte pei prelegati, esaminiamone le fonti, e cerchiamone le ragioni.

Se il legato è fatto ad un solo de' coeredi, egli prende tutta la cosa legatagli — Lo dice chiaramente il Giureconsulto Giuliano — *Et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semetipso inutiliter ei legatum videtur*, Fr. 18 *de legatis*, 30, 1. La ragione è che nella materia testamentaria è sempre predominante e sovrana la volontà del testatore, e quando questi lascia un legato ad alcuno, fosse pure il legatario un erede, non si può certamente dubitare che il diritto alla cosa legata sia stato dall' uno all' altro conferito.

Se il legato è fatto a parecchi di più coeredi, codesti legatarii si dividono la cosa a parti uguali, benchè fossero stati istituiti eredi a parti disuguali. Lo dice il Giureconsulto Gajo: *Si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis, duobus eadem res legata sit, heredes, non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent*, Fr. 67, § 1 *de legatis*, 30, 1. La ragione è che deve presumersi la uguaglianza così tra i coeredi come tra i collegatarii, se il testatore non abbia diversamente disposto, perchè, se questi avesse voluto far parti ineguali, avrebbe parlato, e, non avendo parlato, il diritto si trova identico in tutti—Quando un testatore chiama più persone per una eredità o per un legato, si presume che li guarda con pari affetto,

Digitized by Google

e i chiamati a parti uguali, ne fanno la divisione *aequa lance*—La posizione non cambia nè può cambiare sol perchè il testatore abbia fatto quote ineguali per la eredità, ed abbia lasciato un legato ad alcuni degli eredi senza fare tra costoro divisione di quote per la cosa legata, perciocchè la ineguaglianza delle quote ereditarie non apporta influenza alle quote a farsi pel legato, mentre non si tratta di un peso a soffrire in ragione del beneficio, ma invece si tratta di una largizione del defunto fatta senza distinzione di parti — Il legato è una disposizione diversa dalla istituzione di erede, una disposizione che sta da sè, ed alla quale deve applicarsi il principio della eguaglianza e della parità di affetto, che si presumono sempre volute dal testatore quando questi ha taciuto.

Per le medesime ragioni, e per argomento dal detto Frammento di Gajo, si fa manifesto che la stessa regola deve seguirsi nel caso di un legato a vantaggio di tutti gli eredi istituiti per la successione ereditaria a parti ineguali. Sempre si è nel caso del silenzio del testatore a proposito della distribuzione delle quote della cosa legata, sempre la istituzione di erede forma una disposizione diversa dal legato, sempre deve applicarsi il principio della uguaglianza — La circostanza che un legato siesi fatto a tutti gli eredi o ad alcuni di essi non cangia la posizione delle cose, e i principii restano fermi ed identici così per l'uno come per l'altro caso — Inoltre è da osservare che se il testatore avesse voluto per il legato a tutti gli eredi mantenere la ineguaglianza fatta per la istituzione di erede, egli pe' legati di cose che stanno nel suo patrimonio farebbe cosa inutile, mentre sulle cose medesime ciascuno degli eredi vi avrebbe rappresentato quella quota per la quale era stato istituito erede.

Da ciò si vede, e per legittima conseguenza del sistema esposto che, fattosi un legato all' erede istituito e ad un estraneo, entrambi se lo dividono a metà, senza che l' erede sia obbligato a darlo per intero all' estraneo — La regola generale che sorge dal sistema medesimo è che, fattosi un legato senza distribuzione di parti, va diviso egualmente tra tutti coloro che vi sono stati chiamati, osservandosi così la volontà del defunto.

Che se un legato si fosse fatto ad uno che fosse stato egli solo istituito erede, ovvero un legato si fosse fatto a vantaggio di tutti gli eredi istituiti in parti eguali nella successione ereditaria, il legato sarebbe evidentemente inutile perchè nel primo caso l' erede unico avrebbe il diritto a tutto, e nel tutto è compresa la parte legata; e nel secondo caso tutti i coeredi ànno per la eredità e pel legato un eguale diritto.

Quando poi il testatore avesse tra tutti i coeredi fatto un legato

Digitized by Google

a parti disuguali, cioè quando il testatore avesse assegnato a' suoi eredi disugualmente le parti della cosa legata, allora deve eseguirsi la volontà di lui.

Come si vede, la teoria è semplice, nitida, ed eminentemente ragionevole, ed è uniforme così pe' prelegati come pe' legati.

Se non che essendo discordi i testi del diritto romano, non è maraviglia che gli autori sian discordi — Voet à cercato combinare i testi, ma à dato in tali bizzarrie che non sembrano il prodotto di una mente così eletta qual' era la sua: giunge egli a conseguenze totalmente opposte sol perchè il testatore abbia fatto un legato o un prelegato, e, quel che è più, sol perchè il testatore abbia nominato tre legatarii e non due tra i suoi eredi! Veggansi i num. 4 e 7 del commento al titolo *de legatis* — L' Arndts riconosce che i testi son discordi, ma non si decide nettamente per un sistema, e riesce confuso (Pandette § 544) — Si avverta però che i testi discordi sono di giureconsulti diversi, non essendosi mai potuto trovare (come afferma il Cujacio) una contraddizione tra i testi di un medesimo giureconsulto (1).

I giureconsulti poi eran concordi nel ritenere che se l'erede legatario o l'erede prelegatario rinunciassero all'eredità, avrebbero diritto a tutto il legato. Fr. 17, § 2, Fr. 18. Fr. 87. Fr. 91, § 2 *de legatis* 30. 1. (2). La ragione è che la istituzione di erede ed i legati sono due disposizioni onninamente diverse, l' una comprendendo e gli altri escludendo la rappresentanza giuridica del defunto — Or se l' erede rinuncia alla successione nell' *omne jus*, ciò non esclude ch' egli non possa delibare dalla eredità mediante un legato. Essendo distinte e differenti le due qualità di erede e di legatario, non vi è contradizione rinunciando all' una e tenendosi all' altra. D'altro canto ciò corrisponde alla purità della teoria per la quale ne' legati dev' esservi chi paga e chi è pagato, secondo il rigore logico del sistema di alcuni Giureconsulti, siccome abbiamo or ora spiegato.

---

(1) Il codice civile tace sopra codesto argomento, e gli scrittori francesi ed italiani non presentano una dottrina netta e certa, avendo tutti qual più, qual meno, confuso i due sistemi de' giureconsulti romani, e dettato norme chè sovente riescono contradittorie.

I due sistemi romani deggionsi attentamente distinguere, e seguire l' uno o l' altro di essi, presentando l' uno e l' altro una base razionale.

Si vede però che il codice à preferito quello più equo, cioè della perfetta uniformità tra i legati e i prelegati, sia perchè il Domat (seguito da' legislatori francesi) lo accenna nel vol. 9 sez. 8 e 9; sia perchè è generalissima la dizione dell' art. 862; sia perchè il codice italiano, a differenza del francese e degli altri codici che erano in vigore nella penisola, non parla mai di prelegati.

(2) Teoria uniforme art. 945 capov.

Digitized by Google

E quando sotto tutti gli aspetti di logica, di giustizia, e di equità, si affaccia la soluzione di un punto controverso, non si può a meno di accoglierla.

REGOLE COMUNI ALLA ISTITUZIONE DI EREDE ED A' LEGATI

§ 631. I legati sono anch' essi un atto di volontà, siano fatti per testamento o per codicilli — È sempre il testatore che dispone a suo talento (*delibatio hereditatis qua testator alicui aliquid collatum VELIT*).

Onde, anche pe' legati, la volontà, del testatore deve riunire tutti i requisiti proprii di codesta facoltà mentale.

Per lo che pe' legati si rende applicabile quanto abbiamo già detto innanzi sulla espressione della volontà al § 590, sull' errore al § 591, sul dolo ai § 307 e 589,, e sulla violenza a' § 308 e 589 (1).

Essendo anche i legati un atto di volontà, segue che pe' legati è applicabile quanto si è detto nella istituzione di erede a proposito della dipendenza dalla volontà altrui o dell' erede — Ond' è che il testatore non può, rimettere ad un terzo o all' erede la nomina del legatario; non può nominando un legatario, porre la condizione se un terzo o l' erede vogliano; ma può, nominando un legatario, sottoporne la nomina alla condizione se un terzo o l' erede facciano qualche cosa, ovvero se un terzo o l' erede facciano qualche cosa, ed accada ancora un determinato avvenimento. (2).

E qui è da ricordare che la teoria esposta non varia menomamente pel Fr. 43 § 2 *de legatis,* 30. 1. in cui è scritto—*legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest*—perciocchè tale frammento è di Ulpiano, ed a' tempi di lui e fino a Giustiniano erano nulle le istituzioni di erede ed i legati dipendenti da un fatto esterno rimesso all' arbitrio dell' erede, perchè tali disposizioni erano ritenute come fatte a titolo di pena — (Veggasi quanto è detto al § 592 e 597— Veggasi l' articolo del Professor Serafini ricordato in nota al § 592).

Per altro à due eccezioni il principio della nullità de' legati rimessa all' arbitrio assoluto dell' erede o di un terzo.

La prima eccezione è che può lasciarsi all' arbitrio dell' erede o

(1) Per la manifestazione della volontà ne' legati, ricordiamo anche qui gli art. 830, 831, 832, 836; per l' errore gli art. 828, 836, 888; pel dolo l'art. 736; per la violenza gli art. 759, 725, num. 3 e 4, 1111, 1112, riportandoci pe chiarimenti a quanto è detto ne' § 590 e 591.

(2) Teoria uniforme, art. 834.

Digitized by Google

di un terzo la scelta del legatario tra più persone determinate, come per esempio — *Titio aut Mevio, utri heres volet, do lego* — Fr. 16 *de legatis* 31, 2 — Fr. 3, § 2. *de annuis legatis* 33. 1. La ragione è che la volontà del testatore sebbene siesi appalesata in genere, pure si è sempre manifestata, e al terzo non si dà che la scelta — Non si tratta dunque di un vero arbitrio del terzo, ma di un criterio di scelta avendo creduto, il testatore abbandonarsi a criterio più sagace, il quale più opportunamente avrebbe potuto scegliere dopo la morte del testatore medesimo, anche perchè possono esservi circostanze cui questi à potuto avere riguardo, e che si riferiscano al tempo della sua ultima infermità e del suo decesso (1).

Che se uno stesso legato si fosse fatto a vantaggio di più persone designandole in modo alternativo, senza dare all' erede o ad un terzo il diritto di scelta, in tal caso la particella disgiuntiva o (*aut*) si prende per la congiuntiva *e* (*et*), e il legato va a vantaggio di tutti i legatarii così designati. La ragione di codesta interpretazione, che a primo aspetto sembra strana, è che non lasciatasi la scelta all'erede, non saprebbesi a quale de' due legatarii dare la cosa legata, e intanto trattandosi di liberalità deve presumersi eguale pe' due legatarii l' affetto del testatore — La stessa regola si applica per le istituzioni di erede fatte in modo alternativo. L. 4. Cod. *de verborum et rerum significatione* 6. 38 (2).

La seconda eccezione è che è valido il legato, non ostante che si fosse lasciato all' arbitrio dell' erede o del terzo, se il testatore abbia aggiunto che si rimetteva all' arbitrio prudente di lui *tamquam viri boni*, come per esempio quando il testatore avesse detto — se il mio erede ovvero se Tizio lo crederà conveniente, se lo crederà utile ecc. La ragione è che in tal caso non vi è arbitrio assoluto dell' erede o del terzo, ma invece si vede che il testatore volle tener fermo il legato se la convenienza o la utilità fossero altronde riconosciute — Verificata la convenienza o la utilità, ch' erano nelle viste del testatore, sorgerebbe la obbligazione del pagamento del legato. Fr. 11, § 7. *de legatis* 32, 1. Veggasi *Voet ad Pandectas* Tit. *de legatis*, n. 36 (3).

Inoltre anche pe' legati valgono le regole già accennate per la istituzione di erede, cioè, che se alcuno ha avuto un legato sotto condizione per la quale deve concorrere l'opera del legatario e del terzo, il legato è valido anche quando il terzo si rifiuti; che se deve concorrere l' opera del legatario congiunta ad un evento, il legato avrà

(1) Teoria uniforme art. 834 capov.
(2) Teoria uniforme, arg. art. 827 ed 834.
(3) Teoria uniforme, arg. art. 827 ed 834.

Digitized by Google

effetto quando l' evento si verifichi; e che se il terzo, a cui recherebbe danno il verificarsi di una condizione, ne impedisca l' avvenimento, la condizione si à per adempiuta — Di ciò abbiamo discorso al § 592 (1).

I legati, al pari delle istituzioni di erede, possono esser fatti puramente e semplicemente, con dimostrazione, con causa, con modo, ed a titolo di pena — Onde è anche pe' legati applicabile ciò che è esposto innanzi per le istituzioni pure al § 594, per quelle con dimostrazione al § 595, con causa al § 596, con modo al § 318, ed a titolo di pena al § 597 (2).

Possono pure i legati esser fatti sotto condizione, ma, a differenza delle istituzioni di erede, i legati possono esser soggetti a condizioni non solo sospensive, sibbene anche risolutive, perchè il Diritto Romano dava molta importanza alla istituzione di erede, e non a' legati, avendo l' erede un carattere di vita e di personalità che l' identifica col defunto, e il legatario un morto rapporto con un bene patrimoniale che è la cosa legatagli: onde a'legati non era applicabile la massima — *semel heres, semper heres* — Noi perciò ci riportiamo a quanto abbiamo estesamente detto ne' § 313 a 316 (3).

I legati poi possono essere fatti a termine, non ostante che il termine sia vietato nelle istituzioni di erede — Ne abbiamo detto le ragioni ed esposte le regole nel § 317 (4).

Finalmente è da ricordare che anche ne' legati si ammettono le sostituzioni, delle quali si è discorso a' § 603 e seguenti (5), e che come son vietate le successioni *captatorie*, così del pari lo sono i legati *captatorii*, per le identiche ragioni da noi innanzi esposte al § 554 (6).

---

(1) Teoria uniforme, art. 848, 849 e 1169.

(2) Anche qui ricordiamo gli articoli del codice civile e che sono stati già spiegati in tali paragrafi — Gli articoli sono 828, 836, 848, 849, 855, 868, 869, 1119, 1140, 1160.

(3) Per codice civile, potendo l' erede essere istituito sotto condizione sospensiva o risolutiva (veggasi nota al § 314) a maggior ragione lo può essere il legatario — Del rimanente per la materia condizionale ci riportiamo a quanto è detto per la istituzione di erede ne' § 313 a 316. E soltanto qui richiamiamo gli art. 848, 849, 850, 851, 853, 855, 857, 1127, 1157, 1159, 1160, 1168, 1170, 1171.

(4) Teoria uniforme — Veggansi gli articoli citati in tal §, cioè gli art. 848, 851, 853, 854, 856, 1127, 1157, 1158, 1170, 1172, 1174.

(5) Teoria uniforme — Veggansi gli articoli citati in tali § cioè gli art. 895, 896, 897, 898.

(6) Teoria uniforme, art. 852.

Digitized by Google

Riguardo poi alla distribuzione delle quote, la cosa legata deve pure dividersi in parti eguali se il testatore non abbia altrimenti disposto, e se alcuni legatarii fossero stati chiamati congiuntamente ed altri individualmente, i chiamati congiuntamente si ànno per una sola persona e prendono una parte eguale a quella che prende ciascuno de' chiamati individualmente, giusta quanto si è detto al § 599 (1).

Ci resta ora a parlare del

Diritto di accrescere ne'legati

§ 632. Trattando della teoria del diritto di accrescere nella istituzione di erede, abbiamo ivi esposta la parte generale che è comune così a tale istituzione come a' legati (vedi § 600).

Dobbiamo ora intrattenerci della parte speciale e propria de' soli legati.

Qui conviene ricordare quel che già si è detto al § 600 cioè, che mentre per la istituzione di erede il diritto di accrescere menava necessariamente ad una congiunzione tra coeredi, ciò non era pe' legati perciocchè l' obbietto de' legati potea esser diverso tra l' uno e l' altro legatario, e pe' legati non valea la massima — *nemo potest pro parte testastus, pro parte intestatus decedere*, — potendo bene un legato esser disposto con codicillo, il quale era conciliabile con la successione intestata.

La congiunzione quindi doveva risultare dal modo stesso adoperato dal testatore o, in altri termini, dal modo da lui adoperato la legge traeva la presunzione che egli avesse voluto una congiunzione tra legatarii, e avesse più specialmente imposto una anzichè un' altra congiunzione. Fr. 55, *de legatis* 30, 1. Fr. 78, § 1. *de heredibus instituendis* 28, 5. Inst. § 5. Tit. *de heredibus instituendis* 2 14 (2).

Tutte le congiunzioni possibili riducevansi a tre, cioè per la cosa stessa legata (*re*), per le sole parole del testatore (*verbis*), per la cosa e per le parole insieme (*mixtim*); e le regole erano le seguenti:

1. Se fosse mancato un legatario congiunto ad altri con la congiunzione *re*, la parte del mancante si accresceva agli altri — Che

(1) Teoria uniforme, art. ed arg. 884.

(2) Come abbiamo già avvertito nella nota al § 600 parlando delle istituzioni di erede, per codice civile il diritto di accrescere nelle eredità e ne'legati muove da identico principio, cioè dalla presunta volontà del testatore, senza che per le eredità vi sia più necessità di diritto derivante dalla massima — *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere* — massima che oggi non si è ritenuta, art. ed arg. art. 879 ed 884.

Digitized by Google

se la medesima cosa si fosse legata anche con congiunzione *mixtim*, tutti i legatarii congiunti *mixtim* avevano anche diritto all' accrescimento , ma erano considerati come una sola persona — Così per esempio — *lego le mie case a Tizio, lego le stesse mie case a Cajo, lego le medesime case a Mevio ed a Sempronio* — Mancando Tizio, la parte di lui si accresceva per metà a Cajo , e per l' altra metà a Mevio ed a Sempronio. La ragione è che la congiunzione mista fa presumere che il testatore considerò i collegatarii così uniti come una sola persona.

2. Se fosse mancato un legatario congiunto ad altri con la congiunzione *verbis*, questi non aveano diritto a prendere la parte del mancante , ma invece ne veniva a risentir vantaggio il gravato — Così pes esempio — *lego le mie case per un terzo a Tizio, e per due terzi a Cajo* — Mancando Tizio , non si accresceva la sua parte a Cajo, ma la porzione di Tizio spettava a chi dovea pagare il legato. La ragione è che il ligame derivante dalla congiunzione *verbis* era troppo debole per potere dar luogo ad una presunzione che il testatore avesse voluto che l' un collegatario si avesse preso la parte dell' altro.

Però se il testatore avesse voluto indicare soltanto i naturali effetti della divisione, dicendo per esempio — *a parti eguali* — ovvero — *in eguali porzioni* — in tal caso vi è luogo a diritto di accrescere, perchè in realtà il testatore niente avrebbe detto con tali parole , mentre anche senza di esse, la divisione si sarebbe sempre fatta a parti uguali.

3. Se fosse mancato un legatario congiunto ad altri con la congiunzione *mixtim*, la porzione di lui si accresceva tutta agli altri che aveano con lui tal congiunzione, senza che fosse toccata cosa alcuna agli altri congiunti diversamente — Così per esempio — *lego le mie case a Tizio e a Cajo, lego le stesse mie case a Mevio* — Morendo Tizio, la parte di lui si accresceva tutta a Cajo , e niente avea Mevio — La ragione è sempre nell' intimo nesso che presenta la congiunzionemista. Per le tre regole precedenti vegansi i Fr. 34 ed 84 § 12 *de legatis* L. un. § 10 ed 11 Cod. *de caducis tollendis* 6, 51. Veggasi pure Arndts *Pandette* § 556 — Codesto era lo stato della legislazione a' tempi di Giustiniano — Pe' tempi precedenti v' era qualche differenza secondochè i legati fossero stati *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *praecipiendi modo*, come si è detto al § 626 (1).

(1) Per codice civile, nella materia de' legati la congiunzione *re* mena agl'identici effetti del diritto romano , cioè se manchi un legatario congiunto *re* ad altri, questi raccolgono la parte del mancante art. 884 — Ma la congiunzione

Digitized by Google

4. Riguardati i pesi che gravavano la porzione del collegatario mancante, v' era la regola che, nel caso di congiunzione *re*, il collegatario godea di diritto dell' accrescimento senza che avesse dichiarato di volerlo, e non era obbligato a sostenere i pesi del collegatario mancante ; mentre nel caso della congiunzione *mixtim*, il collegatario dovea accollarsi i pesi del mancante , ma gli era fatta facoltà di non accettare l' accrescimento — Così per esempio — *lego le mie case a Tizio con l' obbligo di dar mille lire a Mevio, lego le stesse mie case a Cajo* — Mancando Tizio, la parte di lui era presa da Cajo, senza che questi dovesse dare le lire mille a Mevio; e la ragione era che tanto Tizio quanto Cajo erano stati nominati legatarii per l' intero della medesima cosa, donde seguiva che l' aumento gli spettava di dritto per la scomparsa del collegatario, perchè Cajo restava come se fosse stato nominato legatario delle case egli solo— Ma se invece il legato fosse stato così — *lego a Tizio e a Cajo le mie case, con l' obbligo a Tizio di dar mille lire a Mevio* — mancando Tizio , le case si sarebbero tutte date a Cajo , se le avesse volute, ma in tale ipotesi Cajo avrebbe dovuto pagare le lire mille a Mevio — La ragione era che per l' intimo nesso che passava per la congiunzione mista tra Tizio e Cajo, questi avrebbe avuto il diritto all' accrescimento, ma non avrebbe potuto fare a meno di sostenere il peso inerente a Tizio, essendo entrambi considerati come una sola persona relativamente alla volontà manifestata del testatore — Però si dava a Cajo la facoltà di non accettare la parte di Tizio , appunto per non aggravarlo di quel peso , quante volte Cajo non avesse creduto accollarselo — Verificandosi tale ipotesi, cioè che il collegatario congiunto con la congiunzione *mixtim*, non avesse voluto accettare la parte del mancante per non accollarsene anche il

---

deve sorgere da un solo atto testamentario, benchè risulti da separate disposizioni dello stesso atto. Se la congiunzione si abbia da due testamenti compatibili fra loro, non v'è luogo a diritto di accrescere, art. 884. Vedine le ragioni esposte in nota al § 602. È poi regola di interpetrazione oggi ritenuta che i congiunti *mixtim* (cioè quelli che son chiamati ad un legato collettivamente) si ànno per una sola persona quando vi siano altri chiamati individualmente— Vedi quanto è detto al § 599.

Per la congiunzione *verbis* si à pure la stessa teoria romana, cioè essa non produce diritto di accrescere, meno però nel caso che il testatore avesse detto a *parti eguali*, ovvero *in eguali porzioni* art. 884, 886.

La teoria romana è oggi applicabile anche per la congiunzione *mixtim* — Cioè mancando uno congiunto *mixtim* ad altri , questi prendono la parte del mancante, senza che possano pretendervi gli altri congiunti diversamente —La ragione è che i chiamati collettivamente si considerano quasi una sola persona nel riparto della cosa legata in rapporto agli altri congiunti in modo diverso, art. ed arg. 880 ed 884.

Digitized by Google

peso, tal parte cedeva a vantaggio di chi era gravato L. un. Cod. *de caducis tollendis* 6, 51. Fr. 34 *de legatis* 30, 1. (1).

5. Se non che il diritto di accrescere ne' legati potea anche verificarsi ne' legati di solo usufrutto, onde dobbiamo su di essi soffermarci.

Ora pel diritto di accrescere nel legato di usufrutto vi sono regole comuni ad ogni altro diritto di accrescere, e regole speciali al legato di usufrutto.

Le regole comuni sono che deve riscontrarsi una congiunzione tra i legatarii, giusta quanto si è innanzi esposto, cioè dev'esservi la congiunzione *re* ovvero *mixtim* — che se vi fosse la congiunzione *verbis*, ovvero fra più legatarii di usufrutto non vi fosse congiunzione, il diritto di accrescere non avrebbe luogo, Fr. 1. *de usufructu accrescendo* 7, 2 (2).

Le regole speciali sono: 1° che l'usufrutto si accresce al collegatario congiunto anche quando ne abbia, dopo aperta la successione. già goduto l' usufruttuario che viene a mancare, ciò che non è pel diritto di accrescere negli altri legati, pe' quali la parte che si accresce dev' essere mancante fin da quando si apre la successione Fr. 1. § 3 *de usufructu accrescendo* 7, 2. L. un. § 4. Cod. *de caducis tollendis* 6, 51 (3), 2° che l' usufrutto si accresce al collegatario congiunto, anche quando questi abbia perduto la parte toccatagli, ciò che nè anche è per gli altri legati pe' quali quando il legatario è mancato non à più diritto ad avere la porzione di chi mancasse dopo di lui. Fr. 3. § ult. e Fr. 16 *de usufructu accrescendo* 7, 2 (4).

La ragione di tali due regole speciali è riposta nella volontà presunta del testatore e nella natura dell' usufrutto il quale è essenzialmente personale — Se si tratti di tutt' altro legato, il legatario che abbia accettato, fa sua la cosa legatagli, la quale perciò entra nel suo patrimonio, e quando egli viene poi a mancare la trasmette come

(1) Per codice civile il diritto di accrescimento non è mai facoltativo, ma è sempre necessario, dapoichè non dà in alcun luogo la facoltà di rinunziare alla sola parte di legato che sarebbe spettata al legatario mancante, e inoltre può pure trarsene argomento dall'art. 886 — L' ordine di idee del legislatore odierno è che si debba considerare come un solo legato e la parte avuta espressamente dal testatore, e quella che vi si aggiunge per presunzione della volontà del testatore medesimo, riducendosi il diritto di accrescere ad una presunzione — O si è, o non si è legatario, e non è permesso di esserlo in parte, e non esserlo in altra — Essendo perciò necessario l' accrescimento segue che, in ogni caso, il collegatario a cui favore il diritto si verifica, sottentra negli obblighi e ne'carichi a cui era sottoposto il collegatario mancante, art. 887.

(2) Teoria uniforme, art. 885.

(3) Teoria uniforme. art. 885.

(4) Teoria uniforme, arg. art. 885.

Digitized by Google

ogni altra sua cosa a' suoi eredi — Ma l' usufrutto finisce con la morte dell' usufruttuario, e non può passare dal legatario a' suoi eredi — Ecco perchè si dice che l' usufrutto *adcrescit personae*, *non portio portioni*. Fr. 33 in fine *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7. 1. D' altro canto il testatore avendo legato a più persone tra loro congiunte una cosa continua e temporanea qual' è l' usufrutto, à manifestamente voluto che essi e non altri la godano, sia che tutti fossero in grado di goderne, sia che lo fossero parecchi, sia che lo fosse un solo — *Ususfructus quotidie constituitur atque legatur*.

OGGETTO DE' LEGATI

§ 633. Nella teoria dei legati, questo è il punto più esteso, dapoichè ne è più vario e vasto il campo — Di vero, se si guardi sulle generali l' oggetto de' legati, si trova che possono legarsi tutte quelle cose che esistono o possono esistere in natura, e che arrechino al legatario qualche utilità, sia che tali cose abbiano o possano avere una esistenza materiale, sia che abbiano o possano avere una esistenza giuridica, come ad esempio un credito. E si avverta che sotto la parola *cose* s'intendono anche i fatti, come ad esempio imponendo all' erede di riparare la casa di taluno, ovvero di formare una fontana in piazza ad uso del pubblico. Una sola limitazione à codesto generale principio di diritto ed è che la cosa legata dev' essere in commercio almeno del legatario — Così legherebbesi invano a chicchessia una piazza, una Chiesa — Così al Cristiano poteva legarsi uno schiavo ebreo, ed all' ebreo non poteva legarsi uno schiavo cristiano. Fr. 49. § 2, e 3. *de legatis* 31, 1. L. 1, Cod. *ne Christianum mancipium* 1, 10. Anche oggi uno stabile in Inghilterra non potrebbe legarsi ad uno straniero, in Rumenia gli Ebrei soffrono delle restrizioni (1).

La grande varietà ed estensione dell' obbietto dei legati consiglia a disciplinare la materia per classi.

La prima è dei legati di cose indeterminate, e che rientrano soltanto in un certo genere, come ad esempio un bue, un cavallo.

Essi sono chiamati legati di genere, ed in essi rientrano i legati di quantità, come ad esempio, mille lire, dieci ettolitri di grano (2).

---

(1) Teoria uniforme, arg. art. 759, 827, 1116.

(2) Avvertiamo fin da ora che i legati di genere di diritto romano prendono oggi il nome di legati di genere o di specie — La nomenclatura è variata, veggasi quanto è detto in nota al § 311.

Digitized by Google

La seconda è dei legati di cose determinate, come ad esempio il mio cavallo, la mia carrozza. Essi erano chiamati dai Giureconsulti legati di specie. (1) E dopo i legati di genere e di specie conviene esporre la teoria intorno a' legati dimostrativi e limitativi.

La terza è dei legati periodici, come ad esempio: 10 ettolitri di grano all' anno. Tra i quali legati periodici rietrano i legati di somme determinate da pagarsi a scadenza, e i legati di rendita.

La quarta è dei legati di universalità, come ad esempio di una greggia, di una biblioteca ecc.

La quinta è dei legati di diritti reali, come di una servitù, di un usufrutto ecc.

La sesta è dei legati di alimenti.

La settima è dei legati di crediti.

L' ottava è dei legati di debiti.

La nona è dei legati di liberazione.

La decima è dei legati di dote.

L' undecima è dei legati di mobili.

La dodicesima è dei legati di scelta.

La tredicesima è dei legati di fatti.

Legato di cosa indeterminata cioè legato di genere e di quantità

(*legatum generis — legatum quantitatis*)

§ 634. Ad intendere questa teoria deve tornarsi col pensiero a quanto abbiamo esposto innanzi al § 311 intorno al genere, alla specie, ed alla quantità, ed avere presente in che consistono.

Or pe' legati di genere, bisogna innanzi tutto distinguere se si tratti di legati di mobili o di stabili.

Se si tratti di legati di mobili, vale il legato di genere, quante volte non sia di genere sommo e d' indeterminazione assoluta, ma sia di un genere infimo, per lo quale riesca possibile interpetrare la volontà del testatore. Così, per esempio, se alcuno lega ad una contadina un vezzo d' oro pel giorno del suo matrimonio, sarà facile determinare quale vezzo egli à inteso dare a colei, poichè vi sono de' limiti nella condizione della donna e negli usi locali. Fr. 47 e 71 *de legatis* 30, 1 (2).

---

(1) I legati di specie per codice civile rientrano nella classe dei legati di genere — Ciò che per diritto romano era chiamato specie, oggi ha il nome di corpo determinato, cosa particolare, cosa certa — Veggansi le note al § 311.

(2) Teoria uniforme, art. 840.

Digitized by Google

Che se il testatore à fatto un legato di genere di cosa mobile in relazione al suo patrimonio, cioè come compreso in questo, e non vi si trovi al tempo di sua morte, il legato non ha effetto, e se si trovi che la cosa esiste in parti, il legato ha effetto per questa sola parte — Così, per esempio, se un orefice leghi ad una donna uno de' suoi concerti di brillanti, e al tempo di sua morte non ne lasci alcuno, la donna non ha diritto ad averne: se lasci invece i soli orecchini, e non lo spillo, l'anello ecc., la donna dovrà contentarsi degli orecchini — La ragione è che quando per legato di genere si lasci una cosa come propria, il legato si considera come legato di corpo certo e determinato, perchè vi è la determinazione del proprio patrimonio, e d'altronde il legato di corpo certo e determinato, designato come proprio dal testatore, s'intende fatto sotto la tacita condizione della esistenza materiale della cosa nel patrimonio di lui al tempo di sua morte, e per conseguenza il legato si ha come non scritto, mancando la condizione che vi è implicitamente annessa. Fr. 32, § 5 *de legatis* 31, veggasi Domat vol. 9, Sez. 1, n. 16, pag. 40 (1).

Se poi si tratti di stabili, gl' interpetri discordano, ma la più retta interpetrazione che debba darsi a'Fr. 47 e 71 *de legatis* 30, 1, sembra esser quella che il legato di genere, infimo che sia, vale soltanto allora che la cosa si trovi nel patrimonio del testatore, e non à alcuno effetto se la cosa non si trovi nel patrimonio di lui. La ragione è che il legato generico di stabili riesce sempre troppo indeterminato e vago se niuno ve ne sia presso il testatore—Così, se alcuno, che non abbia case, leghi una casa, come si farebbe a vedere quale casa à egli inteso dare al legatario? Se poi il testatore è proprietario di case, non v' è dubbio che à voluto legarne una delle sue, e la difficoltà sta nella scelta della quale or ora parleremo (2).

Avvertiamo intanto che per la scelta ne'legati di genere, terremo parola ne' legati di scelta.

Relativamente poi a' legati di quantità, si applica per essi tutto ciò che ora si è detto pe' legati di genere per rapporto a cose mobili.

---

(1) Teoria uniforme, art. 841— Veggasi quanto ne dicono Pacifici Mazzoni. *Commento alle successioni* pag. 58 e 250 vol. 7, e Precerutti, *Istituzioni di diritto civile* pag. 82 vol. 2.

(2) Teoria uniforme, ma il codice richiede inoltre che il testatore abbia fatto il legato in genere di cosa stabile, lasciandola come sua propria, art. 840 ed 841—E il codice lo à fatto per avere una maggiore determinazione della cosa, ed una più pronunziata e certa volontà del testatore.

Digitized by Google

Si avverta inoltre che la quantità deve essere determinata dal testatore, il quale se è stato così vago che non si possa intendere quanto egli ha voluto lasciare al legatario, il legato è nullo, perchè non si saprebbe quanto debba darsi; ed il legato, che in apparenza è di genere infimo, nella realtà, e per ragione della mancata determinazione della quantità, riesce somigliante a quello di genere sommo—Così, legatasi ad alcuno della birra, non si sa se debba averne un bicchiere o una botte.

Ciò per altro accade molto raramente — Bene spesso le varie circostanze di fatto offrono il mezzo per giungere ad interpetrare la determinazione voluta dal testatore.

Sovente anzi intendesi che il testatore abbia legato tutte le cose ch'egli lascia del genere da lui indicato, e in tal caso il legato varrebbe perchè vi è la determinazione nell' intero, e costituirebbe un legato di cosa certa e determinata — Così se il testatore lega alla moglie il denaro, il grano, il vino e l' olio, s' intende che il legato comprende tutto il danaro, il grano, il vino e l' olio che si trova presso di lui al momento della morte. Fr. 2, pr. Fr. 3, § 1, Fr. 6, pr. *de tritico*, *vino*, *oleo legato* 33, 6. Fr. 71 *de legatis* 30, 1.

Dovendo la quantità essere determinata dal testatore, segue ch' egli non possa rimetterne la determinazione all'erede o ad un terzo, perchè il legato verrebbe troppo a generalizzarsi relativamente alla quantità, e potrebbe riuscire derisorio. Così legato ad alcuno del danaro, l'erede potrebbe dargli un centesimo (1).

Legato di cosa determinata

(*legatum speciei*)

§ 635. Abbiamo già visto innanzi che per diritto romano la cosa determinata si chiamava specie, e ne abbiamo detto le ragioni al § 311 (2).

(1) Teoria uniforme, art. 835 — Ma il codice dichiara validi i legati fatti a titolo di rimunerazione per servizi prestati al testatore nell'ultima sua malattia, anche quando debbano essere determinati dall'erede o da un terzo: la ragione è che il testatore non è nel grado di precisare quanta rimunerazione spetti al legatario, e d' altronde non è difficile la valutazione.

(2) Oggi il legato di specie rientra nella classe de'legati di genere. È differenza di nomenclatura, ma la sostanza resta intatta, e soltanto ciò che per diritto romano chiamavasi legato di specie oggi si chiama legato di corpo determinato, di cosa particolare, o di cosa certa come abbiamo detto in nota al § 311.

Digitized by Google

La cosa determinata, che forma oggetto del legato, può essere del testatore, ed è il caso ordinario; può essere dell'erede o del legatario che ne fosse gravato (come ad esempio — *istituisco Tizio mio erede, e voglio che dia la sua casa a Cajo* — ovvero — *lego la mia casa a Tizio, e voglio che questi dia la sua pariglia di cavalli a Cajo*); può essere dello stesso legatario onorato (come ad esempio— *lego a Tizio la sua casa*), ovvero può essere di altrui (come ad esempio — *lego a Tizio la casa di Cajo*).

Per lo che bisogna distinguere i legati,

a) di cosa del testatore

b) di cosa dell'erede e del legatario che ne fosse gravato

c) di cosa dello stesso legatario onorato.

d) di cosa altrui.

Legato di cosa dello stesso testatore.

§ 636. Ripetiamo che codesto è il legato ordinario, e che ha tutto il valore, perchè ciascuno può far delibare ad altri qualche cosa della sua eredità, Fr. 116 *de legatis*, 301 (1).

Ma che cosa accadrà se il testatore, dopo che ha fatto il suo testamento e legato una cosa ad altri, abbia alienato tale cosa prima della sua morte?

Bisogna distinguere se il testatore abbia fatto l'alienazione a un terzo o allo stesso legatario.

Se la cosa legata si fosse dal testatore alienata ad un terzo, doveva per diritto romano vedersi se l'alienazione ere stata volontaria (come ad esempio con una donazione), ovvero necessaria (come ad esempio per pagare un debito):

Se l'alienazione era volontaria, il legato s'intendeva rivocato per tacita volontà del testatore perchè era impossibile non trovar contradizione ne'due atti di sua volontà. Così, per esempio, se Tizio ha fatto il suo testamento ed ha legato la sua casa a Caio, ma prima di morire ha donata la medesima casa a Sempronio, il legato diveniva caduco, per la ragione che l'atto posteriore di donazione contradice all'atto precedente di legato e lo annulla. Quando poi il testatore abbia alienato per una necessità la cosa legata, il legato resta fermo, perchè un atto necessario non può spiegare un precedente atto volontario. Così, per esempio, Tizio lega la sua casa a Caio, ma dopo fatto il suo testamento soffre l'espropria di tale casa per un debito che ha; il legato resta fermo per la ragione che il

(1) Teoria uniforme, art. 759 e 760.

Digitized by Google

testatore ha dovuto subire la espropriazione forzosa, ma non vi è indizio che la sua liberalità fatta al legatario sia stata revocata. In tal caso il legato vale come legato di cosa altrui, essendo la cosa passata nelle mani di altrui, della quale specie di legati terremo or ora discorso.

Peraltro il legatario era ammesso a provare che il testatore per l' alienazione volontaria, non aveva cambiata volontà, e l' erede era anche ammesso a provare che il testatore per l' alienazione necessaria aveva avuto in animo di rivocare il legato. Fr. 11. § 12. *de adimendis et transferendis legatis* 34. 4.

Non importava poi che l' alienazione fosse stata valida o nulla, o che la cosa alienata fosse tornata in potere del testatore, dapoichè codeste erano circostanze accidentali, e doveva attendersi soltanto se vi era stata alienazione, e se per questa si fosse cambiato di volontà. Fr. 15. Fr. 24. § 1. *de adimendis et transferendis legatis* 34, 4. (1).

Se poi il testatore abbia alienato la cosa allo stesso legatario, deve distinguersi se l' alienazione è stata fatta a titolo oneroso, o a titolo gratuito — Se a titolo oneroso, il legatario ha diritto al prezzo (2), se a titolo gratuito, il legato è caduco (3).

Conviene ben vederne le ragioni:

Quando il testatore aliena a titolo oneroso la cosa legata allo stesso legatario, non viene con l' atto di alienazione a manifestare che egli non voglia più onorarlo del legato e che ne voglia la rivocazione, ma soltanto viene a surrogare il prezzo alla cosa, poichè non si può presumere molto facilmente che un atto di liberalità venga a rivocarsi, ma è necessaria o la rivoca espressa, o la rivoca presunta mediante un atto che sia assolutamente contraddittorio con quello della liberalità precedente. Così se Tizio ha legato i suoi argenti a Caio e poi glieli ha venduti, il legato resta legato di credito del prezzo sborsato da Caio per la compra.

Quando poi il testatore ha alienato la cosa al legatario a titolo gratuito, il legato è caduco per la ragione semplicissima che il legatario lo ha già avuto. Così, per esempio, Tizio lega i suoi argenti a Caio, e ad occasione del matrimonio di costui gliene fa una donazione. Morto Tizio, il legatario Caio non ha altro a chiedere

(1) Il codice civile ha voluto assopire un grave fomite di liti per riguardo a questo punto ed ha disposto che l' alienazione che il testatore faccia ad un terzo, sia essa gratuita od onerosa, sia volontaria o necessaria, revoca il legato per riguardo a ciò che è stato alienato, ancorchè l' alienazione sia nulla o la cosa ritorni in possesso del testatore, art. 892 e 843 cap.

(2) Teoria uniforme, art. 843 cap.

(3) Teoria uniforme, art. 843 cap.

Digitized by Google

perchè già ha avuto gli argenti legati. *Traditum est duas lucrativas caussas in eumdem hominem et eamdem rem concurrere non posse.* § 6. Inst, *de legatis*, 2. 20.

Anzi qui accade ricordare che codesto principio intorno alle due cause lucrative, è generale nel diritto e si riferisce non alla sola materia successoria, ma anche alla materia contrattuale. Fr. 17 *de obbligationibus et actionibus*, 44. 7. Il giureconsulto voleva repressa la soverchia ingordigia di chi voglia aver due volte la stessa cosa da diverse persone perciocchè si ha una certa tal quale immoralità, ed inoltre la obbligazione viene ad esser viziosa nel suo principiò — Così per esempio. Tizio ad occasione del matrimonio di Caio, si obbliga di fargli avere la pariglia di cavalli di Sempronio, ma dopo di ciò Sempronio dona a Caio quella sua pariglia di cavalli: per codesta donazione Tizio resta disgravato della sua obbligazione, sia perchè Caio ha già avuto la cosa a titolo lucrativo, sia perchè *res incidit in eum casum a quo incipere non poterat* (1).

Che se poi il testatore ha alienato al legatario parte della cosa a titolo gratuito, e parte a titolo oneroso, il legatario può pretendere il prezzo della sola parte acquistata a titolo oneroso. Fr. 83 *de legatis* 30, 1. (2).

Tra i legati di cose determinate, che ordinariamente appartengodo al testatore, rientrano i legati di cosa o quantità da prendersi da un certo luogo — Il legato vale se la cosa si trova nel luogo, ma pel luogo deve starsi alla verosimile intenzione del testatore, alla destinazione del padre di famiglia, cioè alla presunta volontà del disponente, non all' accidentalità di qualche fatto che potrebbe essere talvolta da lui anche ignorato (3).

Così, legatosi il danaro che si trova nel forziero della stanza da studio, se mai il forziero sia stato poi trasportato nella stanza da letto, dopo la malattia del testatore, il legato resta fermo — Così del pari, legatosi il cavallo che è nella stalla, se mai per la malattia del testatore sia stato menato a pascoli lontani, il legato anche regge— Così ancora legatesi delle argenterie, ch' erano in un armadio, se il testatore le abbia poi date in pegno, il legato sussiste.

Legato di cosa dell' erede o dello stesso legatario che ne fosse gravato

§ 637. L' erede può esser gravato di un legato di cosa sua e lo stesso è anche del legatario. Un testatore può ordinare al suo erede

(1) Teoria uniforme, art. 1236.
(2) Teoria uniforme, art. 843 capov.
(3) Teoria uniforme, art. 842.

Digitized by Google

di dare a un terzo una cosa che è nel patrimonio dell'erede medesimo: così un testatore può dare somigliante ordine ad un legatario. Il principio di diritto è che è valido il legato di cosa appartenente all'erede o al legatario; e la ragione è che chi benefica può imporre quei pesi che crede, e chi non voglia sottostare al peso non deve accettare il beneficio, § 4 ed 11 Inst. Tit. *de legatis*, 2. 20 (1).

Legato di cosa dello stesso legatario onorato

§ 638. Quando il testatore lega ad alcuno una cosa che è nel patrimonio dello stesso legatario, il legato è evidentemente inutile per la massima — *quod nostrum est, nostrum amplius fieri nequit* — § 10. Inst. Tit. *de legatis* 2, 20. Caj. Com. 4, § 4.

Il legato resta inutile anche nel caso che il legatario, il quale era proprietario della cosa al tempo in cui il testatore fece il suo testamento, l' avesse alienato di poi durante la vita del testatore medesimo, e ciò per forza della regola Catoniana — *quod ab initio nullum est, tractu temporis convalescere non potest* — Fr. 1. *de regula Catoniana* 34. 7.

Ma la regola Catoniana non si estendeva a' legati condizionali — *ad dispositiones conditionales regula Catoniana non pertinet.* Fr. 4. *de regula Catoniana* 34, 7; e qui dobbiamo schiarir bene la idea — Se un testatore avesse legato ad alcuno una cosa propria del legatario pel caso che la cosa non si fosse più trovata nel patrimonio di costui al momento della morte del testatore medesimo, tale legato valeva non ostante il vizio primordiale, cioè non ostante la nullità del legato per essersi al legatario legata la cosa sua al tempo del testamento — La ragione che muoveva i Giureconsulti Romani era che una disposizione testamentaria sotto condizione non à forza se non si verifica la condizione — Questa dunque dà vigore all' atto, e per essa soltanto, e dal momento in che essa accade, sorge il diritto del legatario — Or se al tempo in cui la condizione si verifica, si trovi svanita la circostanza per la quale il testamento era nullo, il diritto che sorge precisamente per la condizione verificatasi, sorge non infetto da alcun vizio di nullità, che è scomparsa dal momento che non più esiste la circostanza che dava luogo alla nullità medesima— La cosa è perfettamente logica—Per valutare la nullità dell'atto bisogna guardare al momento in cui sorge il diritto, e se questo si affaccia quando non esiste più vizio di sorta che potrebbe renderlo nullo, il diritto resta forte ed à il suo valore giuridico, checchè possa

(1) Teoria uniforme, art. 838.

Digitized by Google

dirsi del tempo precedente, che non deve attendersi perchè diritto non vi era. Fr. 1. § 2. Fr. 4 e Fr. 5. *de regula Catoniana*, 34, 7. (1).

Legato di cosa altrui.

§ 639. Non è strano che un testatore leghi una cosa altrui, poichè si vede che in tal caso egli ha inteso beneficare il legatario possibilmente della cosa stessa, ovvero dell' equivalente. Interpretando così la volontà del testatore, il diritto romano impone all' erede di redimere la cosa dal proprietario e consegnarla al legatario, e se il proprietario non volesse vendergliela, o ne pretendesse un prezzo esorbitante, il diritto romano fa obbligo all' erede di darne il giusto prezzo al legatario medesimo. È però necessario che il testatore sappia che la cosa che egli lega è d' altrui, e che non cada in errore credendola propria, dappoichè se mai egli avesse legato la cosa di un altro e creduto che era sua, il legato è nullo, per la ragione semplicissima che egli non avrebbe certamente fatto il legato quante volte fosse stato a sua conoscenza che la cosa ch'egli legava era sua e non di un altro. Fr. 67, § 8 *de legatis* 31. Fr. 14. § ult. *de legatis* 32. Inst. § 4 *de legatis* 2, 20. Inst. § 1. *de singulis rebus per fideicommissum relictis* 2, 24, Gaj. Com, 2, § 202. Ulpiani fragm. Tit. 24, n. 80.

E poichè quegli che dice deve provare, è a peso del legatario la prova della scienza del testatore che la cosa era di altrui. L. 10. Cod. *de legatis* 6, 37. L. 4. Cod. *de edendo* 2, 1. L. ult. Cod. *de reivindicatione* 3, 32. L. 8 e L. 23 Cod. *de probationibus* 4, 19. (2).

Che se la cosa era di altrui quando il testatore ha fatto il suo testamento, ma si trova in sua proprietà al tempo di sua morte, in tal caso il legato sarebbe a rigore nullo per la regola catoniana, ma riesce valido perchè si presume condizionale. Ad intender bene tale idea, dobbiamo qui ripetere che per la regola Catoniana si disponeva

(1) Crediamo che la teoria sia uniforme in forza de' principii proprii delle disposizioni testamentarie sotto condizione, art. 848. Vero è che l' art. 743 dichiara nullo il legato di cosa che al tempo in cui fu fatto il testamento era già in proprietà del legatario, ma ciò non toglie la esistenza di una condizione, la quale farebbe variare il diritto.

(2) Il codice civile dà la scelta all' erede o di acquistare la cosa legata per rimetterla al legatario. o di pagarne a questo il giusto prezzo, art. 837. A tal modo l' erede resta sempre più facilitato. Inoltre il codice dichiara valido il legato di cosa altrui nel solo caso che il testatore abbia espresso nel testamento di sapere che la cosa è di altri, art. 837. Così il legislatore odierno ha evitato le liti vive, e che riuscivano sempre dubbie per la dimostrazione che il testatore non era in errore quando legava la cosa altrui. Oggi la prova della scienza del testatore deve risultare dallo stesso testamento.

Digitized by Google

che ciò che è nullo da principio non può rendersi valido per tratto di tempo ; ma la regola non era più applicabile nelle disposizioni condizionali, per la ragione che queste hanno forza quando la condizione si verifichi. Ne abbiamo già discorso or ora parlando del legato di cosa dello stesso legatario onorato. Or quando alcuno lega la cosa di un altro e ne fa poi l' acquisto , si vede che egli l' ha acquistata per farla giungere senza difficoltà nelle mani del legatario, per lo che in tal caso il legato è fatto sotto la condizione — *si dominium acquisitum fuit*—ed essendo il legato condizionale, la regola Catoniana svanisce. Vale a dire nel legato di cos' altrui è sempre insito il pensiero del testatore di voler dare la stessa cosa al legatario , se mai esso testatore l' acquisti. Fr. 24, § 1. *de legatis* 30. 1. Inst. § 9. *de legatis* 2, 20. Veggasi Voet ad Pandectas Tit. *de regula Catoniana* (1).

Altri casi diversi possono verificarsi pe' legati di cosa altrui e dobbiamo attentamente esaminarli.

Può accadere che fattosi un legato di cosa altrui, il legatario abbia acquistato tale cosa dal terzo.

Or per trovare il punto di diritto intorno a tale ipotesi, bisogna distinguere se il testatore, disponendo quel legato, sapeva o no che la cosa ch' egli legava era di altrui. Se mai non lo sapeva, il legato è certamente nullo , per la ragione che nullo sarebbe stato sempre anche quando il legatario non ne avesse fatto acquisto : la nullità sta nella base perchè, come abbiamo innanzi detto, è sempre nullo il legato di cosa altrui, quante volte il testatore l' avesse creduta propria. Veggansi le autorità ricordate al principio di questo paragrafo (2).

Se poi il testatore sapeva che la cosa legata era di altrui , e il legatario l' à acquistata , convien conoscere se il legatario ne ha fatto l' acquisto a titolo oneroso o gratuito. Se a titolo oneroso , il legatario ha diritto al prezzo, per la ragione che non vi è stato atto di volontà del testatore che dichiari la revoca del legato , ed invece vi è stata la intenzione di lui di far avere gratuitamente la cosa al legatario, § 6. Inst. Tit. *de legatis*, 2, 20. Fr. 34, § 7, *de legatis* 30, 1. (3). Se a titolo gratuito , il legato è caduco pel

---

(1) Teoria uniforme, art. 837 capov., anche perchè il testamento prende forza nel momento della morte del testatore quando la cosa certamente si trova in proprietà di lui. Veggasi Zachariae Diritto Civile § 675 e 676.

(2) Teoria uniforme, art. 843 capov., vale a dire, il legato di cosa altrui la quale siasi poi acquistata dal legatario e nullo quando il testatore non aveva dichiarato nel testamento di sapere che la cosa era di altrui.

(3) Teoria uniforme, art. 843 capov.; vale a dire il legatario ha diritto al

Digitized by Google

principio *traditum est duas lucrativas causas in eumdem hominem et eamdem rem concurrere non posse*, § 6. Inst. Tit. *de legatis*, 2, 20 (1).

Può accadere inoltre che una stessa cosa venga lasciata da due diversi testatori ad una medesima persona, nel qual caso è certo che la cosa dev' essere di altrui almeno relativamente ad uno de'due testatori.

Or se il legatario ha conseguito la cosa in forza del primo testamento, non può pel secondo testamento pretenderne il prezzo, sia perchè vi sarebbero le due cause lucrative, sia perchè il prezzo relativamente alla intenzione del testatore è sempre meno della cosa. Quando invece il legatario in forza del primo testamento ha conseguito il prezzo, egli ha diritto a pretendere la cosa per la ragione che l' aver ricevuto il prezzo, non è aver ricevuto la cosa, e il testatore volle lasciargli precisamente la cosa e non il prezzo, e non trova più luogo il principio delle due cause lucrative. § 6. Inst. Tit. *de legatis* 2, 20. Fr. 34. § 2. *de legatis* 30, 1. Fr. 66. § 1. *de legatis* 31 1. (2).

Tra i legati di cose altrui rientrano anche i legati 1.° — Di cosa che appartenga in parte al testatore o al gravato ed in parte ad un terzo — 2.° — Di cosa sopra cui il testatore o il gravato abbiano un diritto — 3.° — Di cosa del testatore o del gravato sopra cui un terzo abbia un diritto. In tali tre casi vi è commista la cosa altrui, perchè nel 1.° la cosa sarebbe comune ad un terzo, nel 2.° la cosa sarebbe di un terzo, ma vi sarebbe un diritto del testatore o del gravato, e nell' ultimo la cosa sarebbe del testatore o del gravato, ma un terzo vi avrebbe un diritto.

Parliamo innanzi tutto dei primi due casi.

Che sia valido il legato di cosa appartenente in parte al testatore o al gravato, e in parte ad un terzo, come ad esempio un palazzo che essi avessero comune ad altri ; e di cosa sopra cui il testatore o il gravato abbiano un diritto, come ad esempio il dominio diretto nell'enfiteusi, non vi è alcun dubbio. Ma il dubbio sorge per vedere se il testatore abbia voluto legare nel primo caso tutta la cosa, cioè non solo la parte sua ma anche la parte altrui come legato di cosa altrui; e nel secondo caso se il testatore abbia voluto legare non solo il diritto che egli rappresenta sulla cosa di un terzo, ma anche la cosa stessa come legato di cosa altrui, cioè del terzo.

---

prezzo quante volte abbia acquistata a titolo oneroso la cosa altrui, legatagli dal testatore, che dichiarò nel testamento di sapere che la cosa era di altrui.

(1) Teoria uniforme, art. 843 capov.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 837.

Il principio di diritto per riguardo a questi due casi è che, come nella materia contrattuale, così nella materia de' legati bisogna propendere al vantaggio di chi è obbligato, affinchè il peso non riesca più grave di quello che nella realtà si fosse voluto imporre. Quando dunque si è legata una cosa comune ad altri, o si è legata una cosa sopra cui il testatore o il gravato abbiano un diritto, il legato s' intende ristretto soltanto alla parte ovvero al diritto, e la parte del terzo ovvero la cosa del terzo allora s' intendono legate quando è certa la volontà del testatore di legarle come cosa altrui. Fr. 5, § 1. e 2 *de legatis* 30. 1 — Fr. 30, § 4. e Fr. 74 *de legatis* 32. 1. (1).

Riguardo poi alla cosa del testatore o del gravato, sopra cui un terzo abbia un diritto, neanche è dubbio che il legato sia valido.

Ma la difficoltà è di sapere a carico di chi sta il dovere corrispondente a quel diritto, cioè se il peso gravitante sulla cosa legata debba stare a carico dell' erede o del legatario.

La regola per questo riguardo è che se il peso è strettamente reale ed inerente in modo principale alla cosa stessa deve essere sostenuto dal legatario, *veluti servitus*, *vectigal*, *tributum*, *solarium*, *cloacarium* (Fr. 66. § 6. e Fr. 76, § 2 *de legatis* 31. 1. — Fr. 39, § 5 *de legatis* 30. 1. —Fr. 18 *de servitutibus* 8, 1. Veggasi Pothier Pandette a tali frammenti). Se poi il peso anche reale non è inerente alla cosa, ma vi è imposto sussidiariamente, *veluti res oppignoratae*, il peso dev'esser sostenuto dall'erede, § 5, Inst. *de legatis* 2, 20—Fr. 57 *de legatis* 30, 1 (2). La ragione è chiarissima — Il legatario deve prendersi la cosa qual'è, e i debiti deggiono pagarsi dagli eredi e non da' legatarii.

Tale regola però ammetteva doppia eccezione.

La prima era che pel legato di un fondo sopra cui pesava un diritto di usufrutto in altrui vantaggio, l'erede era tenuto o a riscattare il fondo dalle mani dell' usufruttuario, o a pagar l'equivalente dell'usufrutto al legatario—La ragione era che il frutto è equiparato ad una parte del fondo, e che il fondo non si sarebbe dato per intero senza l'usufrutto. Fr. 66, § 6, e Fr. 76, § 2, *de legatis*, 31. 1. (2).

La seconda era che se il testatore non avesse conosciuto il pegno o l' ipoteca gravitante sulla cosa legata, il legatario aveva bensì il diritto di prendersi la cosa, ma doveva pagare il debito—La ragione era che se il testatore conosceva il pegno o l'ipoteca considerava il debito, e come tale lo metteva a peso dell'eredità, ma non avendone cognizione non gli si presentava alla mente l'idea del de-

(1) Teoria uniforme, art. 839.

(2) Teoria uniforme, art. 878.

(3) Il codice civile non ha ritenuto tali sottigliezze, perchè l' usufrutto è sempre un peso reale inerente al fondo—Veggasi art. 878.

Digitized by Google

bito da addossare all' erede, e restava perciò il debito a carico del legatario, § 5, Inst. Tit. *de legatis* 2, 20. Fr. 57, *de legatis* 30, 1. L. 6. Cod. *de fideicommissis*, 6. 42 (1).

Era poi sempre a peso del legatario il pagamento del debito con pegno o ipoteca sulla cosa legata, ed anche quando il testatore avesse conosciuta l' esistenza del debito, se mai si fosse trattato di legato di universalità, nella quale fosse compresa tra le altre, una cosa singola soggetta a pegno o ipoteca. La ragione è che, trattandosi di legato di universalitá, il testatore considerò l' insieme, e lo diede con tutti i vantaggi e i pesi al legatario. Fr. 15 *de dote praelegata* 30, 4. Fr. 57, *de legatis* 30, 1. Veggasi Voet ad Pandectas Tit. *de legatis* n. 27 (2).

Appendice a' legati di genere e di specie per rapporto alla distinzione de' legati in dimostrativi e limitativi.

§ 640. Molte volte riesce dubbio il conoscere se un legato sia di genere o di specie, cioè se si tratti di legato di cosa indeterminata o determinata, e le conseguenze intanto son gravissime secondochè si tratti dell'uno o dell'altro; più di tutto perchè il genere non perisce mai, e la specie perisce, cosicchè l' erede deve sempre pagare il legato di genere, e non deve pagare quello di specie se mai questa sia svanita.

La difficoltà per discernere se un legato sia di genere o di specie deriva da che non si può agevolmente vedere se le parole che accompagnano il legato fatto dal testatore siano dirette a meglio indicarlo e dimostrarlo, nel suo genere, ovvero siano rivolte a precisarlo nella sua specie—Così, per esempio, se il testatore leghi una anfora di vino della vigna tusculana, non si sa se egli abbia voluto indicar la vigna tusculana soltanto per accennare il luogo dove con qualche comodità l'erede possa trarre il vino, ovvero se egli abbia fatto la indicazione della vigna nel fine di dare precisamente il vino che da essa si trae—Così del pari, se il testatore leghi mille lire da darsi al legatario sulle due mila lire di credito che à con taluno, non si sa se gli abbia voluto assegnare precisamente la metà di quel credito, ovvero se abbia fatto ricordo del credito medesimo unicamente per accennare all' erede che con una qualche comodità

(1) Il codice non riconosce questa seconda eccezione, e non fa tanto sottili distinzioni—I debiti si pagano dagli eredi, e se il legatario vi fosse tenuto con azione ipotecaria, à regresso contro di essi, art. 508, 878, 1033.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 862 — Veggasi Pacifici-Mazzoni — Commento alle successioni vol. 7 num. 4.

Digitized by Google

può, se vuole, prendere le mille lire legate da quel credito —Può accadere che per rapporto al primo esempio, la vigna siesi essiccata al tempo della morte del testatore, che questi abbia esatto il credito delle lire due mila, di cui è parola nel secondo esempio — Or se il legato viene interpetrato come legato di genere, l' erede deve dare il vino anche quando la vigna siesi isterilita, e deve dare le mille lire anche quando il testatore abbia esatto il credito delle lire due mila : se il legato viene invece interpetrato come legato di specie, l'erede niente deve dare per mancanza di oggetto.

Altri effetti si presentano nella scelta, poichè se è legato di genere vi è diritto a scelta, se è di specie tale diritto manca.

Or il legato si chiama dimostrativo quando in cosiffatti casi si ritiene il legato di genere, e si chiama limitativo ovvero tassativo quando ne' casi medesimi si ritiene il legato di specie—La ragione per la quale il legato prende il nome dimostrativo nella prima ipotesi, e di limitativo o tassativo nella seconda ipotesi, è che nella prima le parole adoperate dal testatore si considerano come dettate unicamente per meglio descrivere e designare l' obbietto del legato (*legatum sub demonstratione*), e nella seconda ipotesi si ritiene che il testatore abbia adoperate le parole per limitare l'obbietto e restringerlo tassativamente ad un corpo determinato.

Or Bartolo credette di avere trovata una regola per discernere con sicurezza in codesti e simiglianti casi, il legato di genere dal legato di specie, e tale regola era che quando la descrizione si fosse fatta alla sostanza del legato (lego un'anfora di vino della vigna tu. sculana) si avesse un legato limitativo, cioè, di specie e non di genere, e che invece quando la descrizione si fosse fatta nella clausola che riguarda la esecuzione (lego mille lire a Tizio da pagarglisi sulle due mila che Caio mi deve) si avesse un legato dimostrativo, di genere e non di specie.

Tale regola fu seguìta specialmente dalla scuola di quel Giureconsulto, ma la giurisprudenza fu sempre varia, e prevalse quasi costantemente il principio che doveva starsi invece alla intenzione del testatore traendola dalle circostanze della causa, più che dalla materiale giacitura delle parole. Veggasi Fabro Conject. Lib. 5. Cap. 2, e Merlin Repert. V. *legato* sez. 4, § 3, n. 7.

Codesta regola, che è gravissima nelle sue conseguenze, fu da Bartolo poggiata principalmente al fr. 96. *de legatis* 30. e fr. 27, § 2, *de legatis* 31. Ma questi due frammenti si poggiano alla lor volta sul principio della volontà del testatore, volontà che i Giureconsulti Giuliano e Paolo dicono di avere veduto più verosimile nella specialità dei legati che narrano. *Verosimilius est patrem familias de-*

Digitized by Google

monstrare potius voluisse si dice nel fr. 96. *Non videri fidecommissum sed demonstratum,* si dice nel fr. 27.

Laonde la volontà del testatore, rettamente interpetrata nella infinita varietà dei casi, è l'unica regola che possa aversi. Talvolta potrà essere vero quello che dice Bartolo, ma stabilire una regola assoluta e per tutti i casi, e farla derivare dalla semplice giacitura delle parole, che leggonsi nel testamento, a proposito della sostanza o della esecuzione del legato, è tale un giuoco che non può costantemente menare a certo e sempre uniforme significato.

Quando si tratta di interpretare una disposizione testamentaria, bisogna ricercare la volontà del testatore senza regole preconcette, le quali potrebbero falsare la sua intenzione, perchè il testatore è libero di disporre delle sue cose e di esprimere le sue idee come meglio pare e piace a lui.

La regola dunque insegnata da Bartolo per discernere nei casi dubbii i legati di genere dai legati di specie, che egli sotto altro nome chiama legati dimostrativi e legati limitativi, non è sicura, non è stata insegnata da' Giureconsulti Romani, e non deve seguirsi se non quando corrisponda realmente alla volontà del testatore (1).

Legati periodici

(*legata annua*)

§ 641. Dicesi periodico il legato quando versi sopra una prestazione di denaro o di cose fungibili da darsi a periodi, come a mese, ad anno ecc.

Sebbene in tal caso sembri che il legato sia unico, pure nella realtà si tratta di legati distinti per quanti sono i periodi stabiliti, venendo l'indole del legato determinata dalla periodicità delle prestazioni — È puro il legato del primo periodo, e per gli altri periodi successivi il legato è condizionale, cioè soggetto alla condizione *si legatarius vivat* — Niente poi rileva che la prestazione abbia ad esser diversa in ciascun periodo, come ad es. grano in un anno, granone in un altro, danaro in un terzo ecc. Fr. 4 e Fr. 11. *de annuis legatis* 33. 1;—Fr. 11 *quando dies legatorum cedat* 36, 2. (2).

Di che segue che la prescrizione corre separata per ciascuna delle annue prestazioni. Fr. 11 e 22 *de annuis legatis* 33. 1 — Fr. 12 § 2 e Fr. 23 *quando dies legatorum cedat* 36, 2.

---

(1) Nè il codice nè gl'interpetri ritengono tale regola, sebbene sia da tutti ammessa la distinzione di legati dimostrativi e limitativi.

(2) Teoria uniforme, art. 867.

Ma è da osservare che il legatario acquista il diritto alla prima prestazione tostochè è morto il testatore, e così di seguito allo stesso giorno di ogni mese, di ogni anno ecc.; può domandare il pagamento della prestazione medesima soltanto dopo che ciascun periodo sia scaduto, e se il legatario muoia nell' intervallo tra il diritto da lui acquistato e il termine del pagamento non ancora scaduto, tale diritto passa ai suoi eredi. Così Tizio lascia per 10 anni un legato annuo di 100 lire all' anno a Cajo — Tizio muore al 4 gennajo, e Cajo subito à il diritto alle prime 100 lire (*cessit dies*), ma non può domandarne il pagamento (*non venit dies*) se non a' 4 gennaio dell' anno appresso, nel quale giorno egli acquista anche il diritto pel secondo anno. Fr. 26, § 2. *quando dies legatorum cedat* 36, 2.

La ragione è che non appena morto il testatore, il diritto si trasferisce al legatario puro e semplice pel primo periodo, condizionale (*si vivat*) pe' periodi successivi — Ma pel pagamento, non essendosi designato il tempo dal testatore (il quale potea fissarlo al principio, alla metà, o alla fine del periodo medesimo) deve presumersi che egli per comodo dell' erede abbia voluto il termine più lungo anche perchè la interpetrazione va sempre fatta in favore dell'obbligato (1).

Diversa cosa è se il legato periodico sia fatto a titolo di alimenti, perciocchè in tal caso la prestazione deve darsi non appena sorge il diritto senza aspettare l' ultimo giorno del termine, mentre la causa alimentare è diretta sempre al sostegno ed alla vita della persona beneficata, e si presume perciò che il testatore à voluto che la prestazione le si dia anticipatamente. Fr. 26. § 2 *quando dies legatorum cedat* 36, 2 (2).

Inoltre relativamente alla durata del legato periodico è regola che, quando sia lasciato a tempo indeterminato, dura per tutta la vita del legatario se é fatto ad un individuo, ed è perpetuo se è fatto ad un Corpo morale, per la ragione che, non essendosi assegnato termine, deve questo spaziare finchè può. Fr. 4, 6, 8 *de annuis legatis* 33, 1. (3); e se il legato periodico è lasciato ad un primo chiamato ed a' suoi eredi, s' intende legato perpetuo. L. 22, Cod. *de legatis* 6, 37 (4).

In generale poi il legato delle prestazioni periodiche è retto dalle stesse regole del legato di quantità, nel quale si va a risolvere, ed a cui ci rimettiamo.

---

(1) Teoria uniforme, art. 867.

(2) Teoria uniforme, art. 867.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 867 ed 851.

(4) Oggi dovrebbe limitarsi alla vita del primo chiamato, perchè per gli eredi si avrebbe una sostituzione fedecommissaria, art. 899, salva sempre la eccezione dell' art. 902.

Digitized by Google

È da avvertire intanto che dal legato periodico differisce il legato di somma determinata da pagarsi a scadenze—Così chi lega 100 lire all' anno per dieci anni fa un legato periodico, e chi lega Lire 1000 da pagarsi in 10 anni a 100 lire all' anno fa un legato unico a scadenze, che i Giureconsulti romani chiamavano *legatum relictum annua, bima, trima die* — Le conseguenze che discendono dalla differenza tra cosiffatte due specie di legati sono gravi, perciocchè se dopo il primo, il secondo anno ec., muoia il legatario, gli eredi di lui non avranno alcun diritto alle prestazioni successive se si tratti di legato periodico, e avranno diritto a tutte le altre prestazioni se il legato sia unico da pagarsi a scadenze.

Or le regole che si davano da' giureconsulti per discernere l'uno dall' altro legato sono che se il legato è a tempo indeterminato (ad esempio, lego a Tizio 100 lire all' anno) ovvero se è a tempo determinato ma a titolo di alimenti (ad es. lego per alimenti a Tizio 100 lire all' anno per 10 anni), ovvero se riesce assolutamente dubbio quale di que' due legati abbia voluto fare il testatore (cioè se abbia voluto fare un legato periodico o a scadenze) il legato s' intende periodico, come meno gravoso per l' obbligato (1).

Tra i legati periodici rientra anche il legato del reddito di un fondo (*legatum reditus*). — Come periodico, il diritto sorge dal giorno della morte del testatore puro e semplice pel primo periodo; condizionale se il legatario vivrà, per gli altri periodi successivi.

Ma tale legato à le sue regole particolari, che lo fanno differenziare dal legato di usufrutto di un fondo, dappoichè il legatario di un reddito non à alcun diritto sul fondo, onde non può nè goderlo, nè abitarlo, nè amministrarlo, ma soltanto à il diritto di esigere il reddito periodico o la parte che gli fosse stata lasciata — Inoltre non può il legatario di un reddito far concorrere il gravato, alle spese di riparazione che si sono rese necessarie per caso fortuito, e il gravato medesimo può essere obbligato a tutte tali spese se il danno sia avvenuto per sua colpa — Di più, il gravato à il diritto di vendere il fondo e di offrire al legatario l' annua quantità ch' era solito esigere in sua vita il testatore per titolo di locazione del fondo medesimo. Fr. 21 *de annuis legatis* 33, 1. Fr. 38 *de usu et usufructu et reditu* 33, 2 (2).

---

(1) Teoria uniforme arg. art. 759, 760, 842, 867.

(2) Teoria uniforme, art. 866, 867 — Che se la soddisfazione del legato sia garentita da ipoteca, si applicheranno in caso di vendita gli art. 2090 e 2013.

Digitized by Google

Legato di universalità

Legatum universitatis

§ 642. Si à il legato di universalità, quando si legano più cose che siano state unite per un fine utile, le quali cose vengono costituite da corpi staccati e prendono un nome collettivo.

Tale universalità può essere di diritto e di fatto — Di diritto quando rappresenta unità giuridica, le cui specie sono tre; cioè la dote, il peculio e l'erdità. Di fatto, quando non rappresenta una unità giuridica, come una greggia, un negozio di merci, una biblioteca ecc. (1).

Or per codesto legato di universalità vi sono regole comuni ad ogni specie di legato, di diritto o di fatto che sia, e regole speciali ai soli legati di dritto.

Esaminiamole partitamente.

Regole comuni

§ 643. Queste sono quattro.

1ª. Il legato di universalità si considera come un solo legato, per lo che dev' essere accettato o rifiutato per intero, e la ragione è che per un sol legato si è considerafo e lasciato del testatore (2).

2ª. Ma perchè cosiffatto legato è composto di tante cose staccate sopra ciascuna delle quali il legatario ha il suo diritto di proprietà, egli conserva il diritto di averne anche una sola che ne fosse rimasta, benchè si fosse perduto il nome collettivo. Così legatasi una greggia, e rimasta una sola pecora, questa sarà dovuta (3). La regola è diversa nel legato di usufrutto della universalità, come vedremo nel legato dei dritti reali.

3ª. Per determinare l' estensione della universrlità, bisogna stare al giorno della morte del testatore, non a quello in cui fu fatto il testamento, nè all' altro in cui il legatario chiede il legato. Onde gli aumenti e le diminuzioni cedono a vantaggio e ricadono a danno del legatario (4) — La ragione è che il legato di universalità è sempre un legato di cosa determinata, per la quale il diritto del legatario sorge al momento della morte del testatore (5).

---

(1) Teoria uniforme, escluso però il peculio. Qualche autore vorrebbe escludere anche la dote nei legati di universalità di diritto.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 760.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 760, 862.

(4) Teoria uniforme arg. art. 862.

(5) Teoria uniforme arg. art. 862.

Digitized by Google

4ª. Legata una universalità come accessorio, non è più dovuta, se perisce la cosa principale. — Così legato un fondo colla sua dotazione questa non è dovuta se resta caduco il legato del fondo, come per vendita ecc. La ragione è che la perdita del diritto alla cosa principale mena anche alla perdita della cosa accessoria (1).

Regole speciali ai legati di universalità di dritto.

§ 644. Come abbiamo detto innanzi, le universalità di dritto sono tre, cioè la dote, il peculio e l'eredità.

Il legato di dote costituisce una delle specie di legati, di cui terremo or ora discorso.

Pel legato di peculio diremo soltanto che sebbene il peculio potesse essere del figlio di famiglia o del servo, pure tale legato riducevasi soltanto a quello del servo, mentre il figlio faceva suo il proprio peculio dopo la morte del padre. Or il padrone poteva legare il peculio dello schiavo, e lo poteva a vantaggio dello stesso servo che avesse liberato con testamento, o a vantaggio di un terzo. — Se il legato era fatto allo stesso servo liberato, questi aveva diritto a prenderselo quale si trovava nel giorno in cui l' erede adiva l' eredità, perchè allora il servo acquistava la libertà anche legatagli. Se poi il legato del peculio era fatto ad un terzo, questi aveva diritto a prenderlo quale si trovava nel giorno della morte del testatore, perchè allora sorgeva il suo diritto. Il terzo legatario non aveva diritto a quegli acquisti che il servo avesse fatto nel suo peculio dopo la morte del padrone, dappoichè tali acquisti posteriori cedevano a vantaggio di chi diveniva padrone del servo medesimo (2).

In quanto poi all' eredità è da avvertire innanzi tutto che il testatore può legare un' eredità ricaduta a lui, evvero ricaduta all'erede o al legatario gravato, o anche ad un terzo, e che il testatore medesimo può legare l' eredità intera che egli stesso lascia o parte di essa.

Le due ipotesi sono distinte, e dobbiamo soffermarci sopra di entrambe.

Per la prima cioè pel legato di una eredità ricaduta al testatore, al gravato, o ad un terzo, vi sono le quattro seguenti regole.

1.ª Il legatario non ha la qualità di erede, perchè l' eredità legatagli si considera come oggetto particolare, non ostante che sia costituita da un complesso di cose diverse. Fr. 1 e 16 *de legatis* 30, 1. (3).

(1) Teoria uniforme, arg. art. 1890, 1925, 2029.

(2) Questa teoria non ha alcun riscontro nel codice civile.

(3) Teoria uniforme, art. 760.

Digitized by Google

2.ª Ma il legatario è obbligato a tutti i debiti e pesi inerenti all' eredità medesima, per modo che l' utile del legato stia nel residuo attivo dopo pagati i debiti. La ragione è che si tratta di una *universitas iuris*, di un insieme, e come il legatario ne trae vantaggio, così deve risentirne anche i pesi. Fr. 10 *de regulis juris* 50, 17. L' erede perciò ha il diritto di essere cautelato cioè di avere cauzione dal legatario pei pesi inerenti all' eredità legata, perchè potrebbero i creditori dell' eredità legata rivolgersi contro l' erede, che è sempre tenuto rimpetto a loro. Fr. 27, § 9, e 10 *ad senatus consultus Trebellianum* 36, 1. (1).

3.ª Il legatario di una eredità viene assomigliato al compratore dell' eredità, onde è che gli sono in generale applicabili tutti i diritti e gli obblighi imposti al compratore medesimo. Fr. 29, § 2, *de legatis* 32, 1. (2).

4.ª Per il legato di una eredità ricaduta ad un terzo si seguono le norme già esposte pel legato di cosa altrui.

Rimane a parlare del legato che il testatore faccia di tutta l' eredità che egli lascia o di parte di essa.

Era ammesso codesto legato in Diritto romano, perchè quei giureconsulti ritenevano che la nomina dell' erede dovesse essere opera del testatore e non creazione della legge. Volevano essi che il testatore potesse scegliersi il suo rappresentante giuridico dopo la sua morte, senza che la legge avesse la forza di crearne alcuno artificialmente nella successione testamentaria.

L' interesse dell' erede era salvo per l' istituto della *quarta falcidia* di cui parleremo a suo luogo, onde l' erede aveva sempre la quarta parte dei beni del defunto, sia che il testatore legasse la intera sua eredità, sia che ne legasse una parte. E questa è la ragione per la quale il legatario dell' intera eredità del testatore o di una quota di essa si chiamava legatario parziario, e il legato si chiamava *legutum partitionis* o anche *partitio legata*. Sempre il legatario dell' eredità che lasciava il testatore aveva diritto ad una parte di essa e non all' intero, perchè l' erede in forzadella legge falcidia detraeva la sua quota.

Or per tale legato vi erano le quattro seguenti regole:

1.ª Il legato o di tutta l' eredità o di una parte di essa non conferiva la qualità di erede, perchè, come si è già detto l' erede doveva essere opera del testatore e non della legge.

---

(1) La teoria è uniforme. specialmente per principi generali che dominano nel codice civile—Se ne può pure trarre argomento dagli art. 848, 855, 868, 869.
(2) Teoria uniforme. arg. art. 1545.

Digitized by Google

2.ª L' eredità o la parte dell' eredità legata si dava al legatario dopo detratti i debiti, e coi pesi inerenti all' eredità medesima.

3.ª L' erede aveva la scelta di — a) dare al legatario parziario la parte di ciascuna cosa che componeva l' eredità — b) ovvero di pagargli tal parte in danaro — c) o di dargliela con una quantità di beni componenti l' eredità medesima.

4.ª Il legatario parziario non aveva diritto di agire contro i debitori, nè i creditori dell' eredità potevano agire contro di lui. Codesto diritto e dovere erano dell' erede. Ma perchè tutto veniva anche ad arrecare vantaggio o danno al legatario parziario, questi e l' erede stipulavano di mutuamente indennizzarsi, e tale stipulazione si chiamava *partis et pro parte*. Per tutte tali idee relative al *legatum partitionis*, veggansi Gaj. Com. 2, § 254 — Ulpiani *regulae* Tit. 24, § 25 e Tit. 25. § 15 — Pauli *sententiae* lib. 4, Tit. 3 § 1 — Fr. 26, § 2. Fr. 27, Fr. 104, § 7. *de legatis* 30. 1. (1).

Legati di diritti reali

(*legata emphyteuseos*, *superficiei*, *servitutis*, *ususfructus*, *usus*, *habitationis*, *pignoris*, *hypothecae*)

§ 645. Abbiamo veduto innanzi a' § 272, 322, 325 a 330, che i diritti reali sono costituiti da' diritti che à il proprietario sulla sua cosa, e da' diritti che ànno i terzi sulla cosa altrui. Or non deve parlarsi del legato della proprietà di una cosa a proposito del legato di diritti reali, perchè la proprietà della cosa rientra nel carattere generale de' legati. Invece tra i legati di diritti reali van compresi soltanto i legati di diritti sopra una cosa di proprietà di un altro.

Dopo essersi veduto quali sono i diritti reali che formano oggetto di legato, é a conoscere che col legato di un diritto reale si puó procacciarne l'acquisto al legatario, ovvero ne lo si può liberare — L' acquisto poi può consistere nel trasferimento che il testatore faccia al legatario di un diritto reale già costituito e di cui gode lo stesso testatore, o il gravato, o un terzo; ovvero può consistere nella costituzione che il testatore faccia col testamento di un diritto reale sopra cosa del testatore medesimo, del gravato, o di un terzo.

---

(1) Questa teoria non è stata ritenuta — Chi à, anche a titolo di legato, tutta la eredità del testatore o una quota di essa, è erede art. 760 — Il *legatum partitionis* si è tolto dal codice civile, anche perchè si è tolto l' istituto della legge Falcidia — Come si vede, la legislazione vigente si è resa più semplice.

Digitized by Google

Per lo che la esposizione più facile di questa teoria sta nel considerare i legati di acquisto e di liberazione di diritti reali, e quelli di acquisto sia che si tratti di trasferimento di diritti reali già costituiti ed esistenti, sia che si tratti di diritti reali che si costituiscano col testamento e che per esso prendano esistenza.

Legati di acquisto di diritti reali.

§ 646. Quando il legato versi sopra un diritto reale già costituito ed esistente, è regola che il legato è valido soltanto allora che tale diritto sia alienabile. Fr. 71, § 5, e Fr. 86, § 1 *de legatis* 30, 1 (1).

Di che segue che l'usufruttuario non può legare l'usufrutto di cui egli gode, perchè sempre si estingue con la persona di lui; ma può legare l'usufrutto che spetti al gravato o ad un terzo, e che durerebbe fino alla vita di costoro, essendo alienabile il diritto di usufrutto—Segue pure che non si può legare l'uso o l'abitazione a chiunque spetti, essendo essi inalienabili perchè eminentemente personali, attesa la loro natura variabile durante il godimento a seconda de' bisogni di chi ne gode (2).

Ma, sia che si tratti di diritti reali già costituiti e che si trasferiscano col testamento, sia che si tratti di diritti reali che col testamento vengano a costituirsi e prender vita, il legatario non à sempre azione reale nè sempre azione personale per conseguirla, ma à l'una o l'altra secondo i casi, che giova precisare.

Se si tratti di diritto reale di cui godeva il testatore, o di costituzione di diritto reale sulla cosa del testatore; talvolta vi sarà luogo ad azione reale, come per la enfiteusi, per la superficie, e per la ipoteca; e tal altra si avrà la sola azione personale, come sarebbe pel pegno nel fine di aver la tradizione per la quale sorge il privilegio. L. 1. Cod. *communia de legatis* 6, 43. Fr. 26 pr. *de pignoratitia actione* 17, 7. Vaticana fragmenta 47, 48, 57, 83, 86 (3).

Se si tratti di diritto reale di cui gode il gravato, o di costituzione di diritto reale sulla cosa del gravato, il legatario à un'azione personale per ottenere il trasferimento o la concessione. L. 3. Cod. *de usufructu* 3, 33 (4).

Se di diritto reale di cui gode un terzo, o di costituzione di di-

---

(1) Teoria uniforme, arg. art. 759, 827, 1116.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 515, 521, 522, 524, 528.

(3) Per codice civile è sempre necessario un contratto col gravato per la necessità della trascrizione art. 1932—Pel pegno poi, oltre alla tradizione è necessaria la scrittura se il valore superi le L. 500, art. 1880, 1882.

(4) Oggi tantopiù in quanto che v'è la necessità della trascrizione, art. 1932.

Digitized by Google

ritto reale sulla cosa di un terzo, v'è pure azione personale verso il gravato secondo le regole stabilite pe' legati di cosa altrui. Veggasi § 639 (1).

Per altro, relativamente a' legati di acquisto di diritti reali già costituiti e che si trasferiscano, ovvero che vengano a costituirsi col testamento, dobbiamo intrattenerci sulle servitù.

Poco è a dire per le servitù prediali — È essenziale per queste che il legatario sia proprietario del fondo dominante, o almeno che lo divenga, potendo la servitù prediale costituirsi sopra un fondo che si avrà in futuro; siccome è pur d' uopo che il fondo dominante del legatario sia vicino al fondo servente e in grado da potere esercitare la servitù. Fr. 1. 2 e 3 *de servitute legata* 33, 3. (2). Inoltre la servitù prediale essendo indivisibile, può il legatario agire in solido contro tutti gli eredi del testatore. Fr. 7. *de servitute legata* 33, 3. (3).

Per le servitù personali poi è da avvertire che non solo rientrano in esse l' usufrutto, l' uso e l' abitazione, ma anche il diritto irregolare di uso, come per esempio il diritto di potere il legatario durante la sua vita avere una presa d' acqua per inaffiare il giardino del legatario medesimo. Fr. 4 *de servitutibus praediorum urbanorum* 8, 3.—Fr. 39, § 4 *de legatis* 30, 1 Fr. 6. *de servitute legata* 33, 3. Fr. 4. § 3. *de alimentis legatis* 34, 1. (4).

In codesto caso sebbene un fondo serva al fondo, pure la servitù non è reale ma personale, perchè è costituita in relazione ad una persona, e durante la vita di essa.

Inoltre per tutte le servitù personali è regola che se il testatore non ne à determinata l' estensione, si starà a' modi determinati dalla legge, alla quale s' intende che il testatore à voluto rimettersi.

Però, nella materia de' legati di diritti reali il punto più intrigato e importante è quello de' legati di usufrutto, i quali d' altronde sono così frequenti.

Per essi bisogna innanzi tutto avvertire che può legarsi non solo l' usufrutto di cose che non si consumano con l' uso, ma anche di quelle che con l' uso si consumano, nel quale ultimo caso si avrà il legato di quasi usufrutto (5).

Può anche legarsi l' usufrutto di una universalità, o di una quota di universalità, come pure l' usufrutto di una eredità, o di una quota

---

(1) Veggansi le parole e gli articoli ne' legati di cosa altrui.
(2) Teoria uniforme arg. art. 531.
(3) Teoria uniforme, arg. art. 531 e 1202.
(4) Teoria uniforme, arg. art. 521 e 531.
(5) Teoria uniforme, art. 483, 484.

Digitized by Google

di eredità, ne' quali casi è regola che il legatario si mantiene in tale qualità senza che possa essere considerato come erede (1).

Se è legato l' usufrutto di una universalità o di una quota di essa, il legatario non à il diritto di avere ciò che è rimasto dopo che l'obbietto del legato avesse perduto il suo carattere collettivo — Così, ad esempio, legato l' usufrutto di una greggia, se al tempo della morte del testatore sia rimasta una sola pecora, il legatario non à diritto all' usufrutto di essa § 18, 19, 20 Inst. Tit. *de legatis* 2, 20. Fr. 32 *de legatis* 31. 1.—Fr. ult. *quibus modis ususfructus amittitur* (2). La regola è diversa ne' legati della proprietà di una universalità, e e nell' esempio ora esposto il legatario avrebbe diritto ad avere la pecora rimasta, secondochè abbiamo detto parlando de' legati di universalità — La ragione della differenza è che la proprietà si estende all' intero e s' insinua in ogni parte di esso, mentre l' usufrutto consiste nel godimento della cosa, e quando l' obbietto è svanito e non si ritrova più nell' insieme ch' era nella mente del testatore allora che fece il legato, il diritto si estingue — Ossia la intenzione del testatore che determinò l' usufrutto sull' insieme, non si riscontra più quando l'insieme è perduto, e vi è rimasta qualche singola cosa.

E pel legato di usufrutto, e pe' diversi casi che si presentano, bisogna porre attenzione alla regola che l' usufrutto tende sempre a riunirsi alla proprietà, dalla quale venne staccato, e che perciò il proprietario estende il suo diritto all' usufrutto tostochè lo trovi vacante, ovvero non trovi un limite nel suo diritto di proprietà piena ed intera—*Ususfructus ad proprietatem unde exivit tendit et currit.* Cujac. ob. 1, 23. c. 22.

E così, se un fondo è stato legato ad uno per la nuda proprietà, e ad un altro per l' usufrutto sotto condizione o da un certo termine, fino a che la condizione non si verifichi o non giunga il termine, l' usufrutto del fondo non spetta all' erede gravato, ma al legatario della nuda proprietà, alla quale l' usufrutto tende sempre. Arg. Fr. 12 § ult. *familiae herciscundae* 10, 2. (3).

Così del pari pe' legati di usufrutto periodico — Come abbiam veduto ne' legati periodici, questi si considerano altrettanti legati distinti per quanti sono i periodi, in modo che, morendo, il legatario senza che il giro de' periodi sia finito, il diritto manca pe' periodi non ancora cominciati — La stessa regola qui deve ripetersi, e la ragione è non solo quella di doversi favorire la condizione dell' ob-

---

(1) Teoria uniforme, perchè l'usufrutto non è quota di eredità, art. 759 e 760
(2) Teoria uniforme, arg. art. 436, 477, 827.
(3) Teoria uniforme, arg. art. 436 e 477.

Digitized by Google

bligato, ma è ancora l' altra che deve favorirsi la riunione dell'usufrutto alla proprietà — Anzi, a differenza degli altri legati periodici, il legatario di un usufrutto periodico, il quale muoia dopo cominciato un periodo, non trasmette a' suoi eredi alcun diritto, e l'usufrutto pel periodo cominciato cede a vantaggio del proprietario, purchè l' usufrutto non versi sopra frutti civili, nel quale caso gli eredi del legatario avranno il diritto di percepirli fino al giorno della morte del legatario medesimo (1). La ragione di tale differenza sta appunto nella forza del principio innanzi ricordato, perciocchè fino a quando i frutti naturali non sieno staccati dal suolo, si considerano far parte del fondo, cioè della proprietà, onde cedono a vantaggio del proprietario e non dell' usufruttuario, mentre i frutti civili si maturano giorno per giorno a vantaggio di chi deve goderne.

Seguitando sempre nell'applicazione di quel principio, si à che se sono congiuntamente chiamate all'usufrutto di una medesima cosa più persone, alcuna delle quali abbia avuto in legato il solo usufrutto, ed altra la proprietà e l'usufrutto insieme, l'usufrutto della cosa legata viene a dividersi tra loro a giusta metà — Cosí, se il testatore à legato a Tizio un fondo, ed a Sempronio l' usufrutto del fondo medesimo, la disposizione a favore di Sempronio non contradice a quella a favore di Tizio, ma invece con essa si concilia, perchè essendosi legato il fondo a Tizio, gli si è data la proprietà e l'usufrutto; ed essendosi dato il solo usufrutto a Sempronio, si vede che tanto Tizio quanto Sempronio ànno avuto l'usufrutto della stessa cosa, la quale è stata lasciata in proprietà a Tizio soltanto, ond'è giusto che entrambi dividano a metà l'usufrutto medesimo (2). Ma in tal caso bisogna bene indagare se mai altra fosse stata la intenzione del testatore, cioè bisogna veder bene nelle parole del testamento se mai il testatore, dando l'usufrutto ad uno, avesse voluto limitare alla nuda proprietà la disposizione a favore dell'altro, poichè a ciò facilmente si presterebbe la più semplice e comune interpretazione.

A compimento del legato di usufrutto giova ricordare qualche regola d'interpretazione.

Se il testatore dichiari di fare nn legato di tutti i frutti, tal legato s'intende di usufrutto *quia fructui et usus inest*.

Se il testatore dà al legatario facoltà o pesi che non sono compatibili con l'usufrutto, ma con la sola proprietà, dovrà ritenersi non il legato di usufrutto, sibbene quello di proprietà — Così, concessa al legatario di usufrutto la facoltà di alienare, o di disporre per testamento della proprietà della cosa, imposto a lui il peso di

(1) Teoria uniforme, art. 480 e 481.
(2) Teoria uniforme, art. 436 e 476.

Digitized by Google

non elevare le case legategli a maggiore altezza, queste ed altre simili circostanze danno a dividere che il testatore à voluto fare un legato di proprietà e non di usufrutto. Fr. 19 *de usufructu* 7. 1. Fr. 4 e 22 § 1. *de alimentis vel cibariis legatis* 34. 1. (1).

Legati di estinzione di diritti reali.

§ 647. Per conoscere in qual modo si opera la estinzione de'diritti reali per mezzo de'legati, bisogna distinguere se il diritto reale sia del testatore, del gravato, o di un terzo.

Se del testatore, la estinzione si opera *ipso jure;* se del gravato, questi deve consentire alla estinzione, e laddove non voglia, deve esservi astretto in vla giudiziale, affinchè si compia il volere del testatore Fr. 43. § 3. e Fr. 86. pr. *de legatis* 30. 1. (2) se di un terzo si procede seeondo le norme spiegate ne' legati di cos'altrui. (3).

È intanto regola sicura che, legata la estinzione del pegno o della ipoteca, resta fermo il credito, perchè la mancanza dell'accessorio non fa perdere il principale, e ciò sempre quando diverso non sia stato il volere del testatore Fr. 1. § 1. *de liberatione legata* 34. 3. (4).

Legato di alimenti.

(*legatum alimentorum*)

§ 648. Il legato di alimenti comprende il vitto, il il vestito, e l'abitazione, *quia sine his ali corpus non potest* Fr. 6 *de alimentis vel cibariis legatis* 34. 1. E il vitto comprende il mangiare, il bere, e tutt'altro che è necessario al culto del corpo ed alla vita dell'uomo, come ad esempio i medicinaii Fr. 43 e 44 *de verborum significatione* 50. 16. (5).

Che se il legato sia di solo vitto, di solo vestito, o di sola abitazione, ovvero il vitto siesi ristretto dal testatore al solo cibario, dovrà starsi alla volontà di lui Fr. 21 *de alimentis rel cibariis legatis* 34. 1. (6)

Può estendersi il legato di alimenti anche alla istruzione quando

(1) Teoria uniforme arg. art. 436 e 477.

(2) Per codice civile è sempre necessaria la convenzione col gravato, o la sentenza dcl Magistrato che ne tenga il luogo per la necessità della trascrizione art. 1932 n. 3.

(3) Si veggano ne'legati di cosa altrui al § 639.

(4) Teoria uniforme arg. art. 443 e 1236.

(5) Teoria uniforme art. 846.

(6) Teoria uniforme arg. art. 846.

Digitized by Google

possa intendersi che tale fu la intenzione del testatore Fr. 6 e 7. *de alimentis vel cibariis legatis* 34. 1. (1).

Che se la intenzione del testatore fu che gli alimenti comprendessero anche la istruzione, e questa non sia stata determinata dal testatore, si dovrà, sempre valutandosi la intenzione di lui, tenere a calcolo l'età, la condizione, la tendenza, e l'ingegno del legatario Fr. 12 *de legatis*. 32 (2).

Riguardo poi agli alimenti, questi debbono darsi in quella specie e quantità che designò il testatore — Se egli non à fatto designazione alcuna, debbono darsi al legatario quegli alimenti che era solito dargli il testatore medesimo. E quante volte non fosse egli stato solito dargliene, converrà proporzionare gli alimenti alle facoltà del defunto, alla digoità ed al bisogno del legatario, e ad altre simili cose — Ma si avverta che la condizione del bisogno del legatario non è essenziale per la efficacia del legato di alimenti, dapoichè possono esser questi legati anche a chi non ne à bisogno, il quale à sempre diritto a pretenderli Fr. 10 § ult. Fr. 16 Fr. 20. Fr. 22 *de alimentis vel cibariis legatis* 34, 1. Fr. 34 *de annuis legatis* 33. 1, Fr, 50 § ult. *de legaiis* 30. 1. (3).

Legato di credito.

(*legatum nominis*)

§ 649. Il testatore può legare ad alcuno un credito che egli abbia verso di un altro, ovvero un credito dell'erede, del legatario gravato, o di un terzo.

Se il testatore à legato ad alcuno un credito che egli à verso di altrui, il legatario à bisogno della cessione dell' erede perchè questi è il rappresentante del defunto, altrimenti, a rigore, il legatario non avrebbe veste per agire con azione personale contro il debitore § 21. Inst. *de legatis* 2, 20. Fr. 10 *de liberatione legata* 34, 3 — Fr. 44, § 6 *de legatis* 30, 1. Ma sotto gl' imperatori venne concessa al legatario un' azione utile contro il debitore. L. 10. Cod. *de legatis* 6, 37, per la ragione che la cessione è virtualmente riposta nello stesso testamento che dispone il legato, sicchè non vi fu più bisogno della cessione medesima (4).

(1) Il codice civile è più largo per la istruzione, perchè diee che questa rientra negli alimenti secondo le circostanze art. 846 — Ma sempre, anche oggi, allora la istruzione vi rientra quando si possa dalle circostanze in qualche modo presumere che tale fu la volontà del testatore, essendo essa il supremo regolo nella materia testamentaria.

(2) Teoria uniforme art. 846.

(3) Teoria uniforme art. 846 e 143.

(4) Teoria uniforme art. 844, il quale fa obbligo all' erede soltanto di consegnare i titoli che si trovavano presso il testatore.

Digitized by Google

Se poi il testatore lega un credito dell'erede, del legatario gravato o di un terzo, la cessione al legatario onorato si rende necessaria da parte del creditore, e quante volte il terzo non voglia cedere il credito, l'erede o il legatario gravato deve pagare al legatario onorato l'importare del credito stesso. Argomento da' testi medesimi (1).

Del rimanente può esser legato un solo credito, possono esser legati più crediti singoli, può esser legata la universalità de' crediti, o una quota di tale universalità — Legati i crediti s'intendono legati anche gli accessorii, come pegno, ipoteca, fideiussione ec. Fr. 6. *de hereditate vel actione vendita* 18, 4 — Fr. 34 *de legatis* 32 (2).

Ma l'erede non deve guarentire nè la solvibilità del debitore, nè la esistenza del credito. Fr. 88, § 8 *de legatis* 31 — Arg. fr. 4 *de hereditate vel actione vendita* 18, 4. (3).

Si avverta intanto che condizione essenziale del legato di credito è che il crddito esista al tempo della morte del testatore, dapoichè ciò che non esiste al tempo in cui viene a prender forza la volontà di lui, non costituisee legato per mancanza di obbietto — Onde se il credito esiste soltanto in parte, il legatario può esigerlo soltanto in parte (4). Per altro in Diritto Romano era ammesso il legatario a provare che la esazione de' crediti del testatore si fosse da lui fatta senza avere il proposito di estinguere il legato (5).

Da ultimo fa d'uopo notare a riguardo del legato di credito, che il credito deve formare obbietto del legato — Se il testatore indichi un credito come fonte da cui si debbano prendere i mezzi per pagare un legato, si à in tal caso un legato di quantità, come abbiam veduto parlando de' legati dimostrativi al § 640 — La differenza sarebbe grave tra l'un legato e l'altro, perciocchè, legato un credito, la estinzione di esso rende vano il legato; e, legata invece una quantità, è questa sempre dovuta, anche quando il credito sia estinto, per la regola propria de' legati di genere e di quantità — *genus et quantitas nunquam perire intelliguntur*.

---

(1) Teoria uniforme, arg. art. 844.
(2) Teoria uniforme, arg. art. 844.
(3) Teoria uniforme, art. 844.
(4) Teoria uniforme, art. 844.
(5) Il codice civile per evitare le liti non lo permette, art. 844.

Digitized by Google

Legato di debiti

(*Legatum debiti*)

§ 650. Il debitore può legare al suo creditore ciò che deve a costui § 14. Inst. Tit. *de legatis* 2, 20. (1). A primo aspetto sembra che codesto legato sia inutile, ma così non è.

Innanzi tutto il creditore non è più obbligato di far la prova che poteva mancargli, perchè questa risulta dal testamento — Può il legato comprendere più del debito, e così un debito a termine e sotto condizione diviene puro e semplice (2).

Può far variare il corso alla prescrizione — Se il credito è di quelli che hanno una breve prescrizione, il legato di debito lo riveste dell' azione personale *ex testamento*, la quale dura trenta anni. Inoltre la prescrizione decorre dal giorno in cui *dies legati venit* (3).

Può finalmente non essere vero il debito, e ciò non ostante il legato di un debito inesistente ha tutto il valore pel principio — *falsa causa non nocet* — (4), Veggasi quanto è detto al § 591.

Da ultimo per il legato di debito fu da Giustiniano concessa l'ipoteca tacita. L. 10 Cod. *communia de legatis* 6, 43 (5).

Che se il credito non risente alcuno di codesti vantaggi dal legato di debito, il legato riesce inutile — *Toties valet legatum debiti, quoties creditoris interest ex testamento potius agere quam ex pristina obligatione*. Fr. 11 *de liberatione legata* 34, 3. Veggasi Vinnio Inst. § 14. Tit. *de legatis* 2, 20. (6).

Per altro un legato che faccia il debitore al suo creditore, senza dichiarare che con ciò intende legargli il suo debito, non si reputa fatto per pagare il legatario del suo credito — E così un legato fatto al domestico che è creditore di salarii non si presume fatto per compenso di essi, a meno che la intenzione del testatore non sia stata diversa (7).

---

(1) Teoria uniforme, arg. art. 845.

(2) Teoria uniforme, art. 848 ed 862.

(3) Teoria uniforme, art. 2105, 2111, 2135.

(4) Teoria uniforme, art. 828.

(5) Oggi il codice civile non concede ipoteca pel legato di debito, nè riconosce ipoteche tacite in alcun caso.

(6) Teoria uniforme per principii generali.

(7) Teoria uniforme, art. 845.

Digitized by Google

Legato di liberazione

(*legatum liberationis*)

§ 651. Il testatore può legare al suo debitore la liberazione di un debito che questi à verso di lui; ovvero può legare la liberazione al debitore dell' erede, del legatario, e anche al debitore di un erzo.

Tale specie di legato presenta molta analogia col legato di credito. Se il testatore à legato la liberazione al suo debitore, il debito per Diritto Romano non rimaneva estinto, se non quando il debitore avesse agito in giudizio contro l' erede per la sua liberazione, ma era però sempre salva al debitore la eccezione di dolo laddove l'erede avesse agito contro di lui pel pagamento — La ragione per la quale vigeva cotal sistema era che per la estinzione delle obbligazioni era necessaria l' accettilazione, cioè una solennità nella ricezione del pagamento, come si studierà nella materia contrattuale. Fr. 3. § 3 — Fr. 22—Fr. 25 pr. *de liberatione legata* 34, 3 — (1). Se si tratti di legato di liberazione del debitore dell'erede o di un legatario gravato, il legatario onorato resta liberato dal debito tostochè quelli ànno accettato la eredità o il legato, poichè con l' accettazione dell' eredità o del legato s' intendono accettati i pesi. Quando poi si tratti di un legato di liberazione di alcuno che à debito con un terzo, il gravato è tenuto ad estinguere il debito, perchè è permesso a chiunque di estinguere i debiti altrui (2).

Del rimanente può essere legata la liberazione di tutti i debiti, o di alcuno di essi, o di parte di un sol debito, ovvero può essere accordata una dilazione pel pagamento. Ond'è che il legato di liberazione si distingue in perfetto e imperfetto, secondochè libera alcuno del tutto da un debito, ovvero gliene resta qualche aggravio Fr. 7 pr. Fr. 8, § 1 e 3; Fr. 20 pr. *de liberatione legata* 34, 3. (3) Legata la liberazione di un accessorio, come ad esempio di una ipoteca, non s'intende legata la liberazione del debito principale. Fr. 1, § 1. *de liberatione legata* 34., 3. (4).

Si avverta intanto che condizione essenziale del legato di liberazione è che il debito esista al tempo della morte del testatore, da-

---

(1) Oggi il legato di liberazione si considera per rimessione di debito art. 844, 1279.

(2) Teoria uniforme, art. 1238.

(3) Teoria uniforme, art. 844.

(4) Teoria uniforme, art. 433 e 1236.

Digitized by Google

poichè ciò che non esiste a quel tempo in cui viene a prender forza la volontà di lui non costituisce legato per mancanza di obbietto — Onde se il debito esiste soltanto in parte, il legatario resta liberato per tale residua parte (1) — Per altro in Diritto Romano era ammesso il legatario a provare che il testatore avesse esatto il debito senza avere il proposito di estinguere il legato (2).

Legato di dote.

(*legatum dotis*)

§ 652. La dote può formare oggetto di legato e per la sua costituzione e per la sua restituzione.

Può il testatore costituire la dote ad una donna mediante un legato, e la legataria può essere nubile o maritata — Se è nubile, la dote, anche nel silenzio del testatore, va sottoposta alla condizione — *si nupserit* — , cioè se passi a marito non potendosi certamente parlar di dote senza il matrimonio — *Dos ante nuptias data earum expectat adventum.* Se la legataria è maritata, il legato vale come costituzione in aumento di dote. Fr. 77, § 9. *de legatis* 31. 1; *Paulli sententiae* Tit. 21 § 1. (3). È indifferente che la dote siesi legata alla moglie ovvero al marito, alla futura sposa o al futuro sposo, in previsione del loro matrimonio, dappoichè sempre nel primo caso, e, dopo fatto il matrimonio nel secondo caso, i diritti rispettivi son quelli designati dalla legge a proposito della dote. Fr. 48, § 1. *de jure dotium* 23, 3. Fr. 71 § 3 *de conditionibus et demonstrationibus* 35, 1. (4).

Riguardo poi alla restituzione della dote, questa può formare oggetto di legato in più guise.

1. Con un legato che ne faccia ad un terzo chi à diritto alla restituzione. Così la moglie può legare a tutt'altri che a'suoi eredi le sue ragioni dotali. Veggasi Arndts Pandatte § 577 (5).

2. Con un legato che faccia al debitore stesso della dote chi à diritto a riaverla — Così la moglie può legare al marito la sua dote — In tal caso si avrebbe un legato di liberazione, e si seguirebbero le regole proprie di tale specie di legato. Fr. 11. *de dote praelegata* 30, 4. (6).

(1) Teoria uniforme, art. 844.
(2) Il codice civile per evitare le liti non lo permette, art. 844.
(3) Teoria uniforme, art. 1388 e 1391.
(4) Teoria uniforme, arg. art. 1388 e 1391.
(5) Teoria uniforme, arg. art. 759, 1409 e seguenti.
(6) Teoria uniforme, arg. art. 844 e 1388.

Digitized by Google

3. Con un legato che il debitore della dote ne faccia a quello che deve riaverla — Così il marito può legare alla moglie la dote che gli abbia portata — In tal caso si avrebbe un legato di debito, che in diritto Romano prendeva il nome di *praelegatum dotis*, detto anche *relegatum dotis*. Veggasi il Titolo del Digesto — *de dote praelegata* 30, 4 (1).

Il vantaggio precipuo di codesto legato è che il debitore della dote non avrebbe più l' anno di tempo per la restituzione; ma dovrebbe restituirla subito, § 15, Inst. Tit. *de legatis* 2, 20; L. un. Cod. *de rei uxoriae actione* 5. 13 (2). La ragione è che il legato si sarebbe convertito in un debito, e questo è esigibile prontamente se non à pattuito un termine.

Altro vantaggio poi è, che la moglie resta creditrice della dote legatale anche quando non vi sia stato istrumento dotale, ed anche nel caso che niente avesse portato in dote, pel principio — *falsa causa non nocet* — § 15, Inst. Tit. *de legatis* 2, 20 — Fr. 1, § 7, *de dote praelegata* 30, 4 (3). Veggasi quanto si è detto al § 591.

Ma per la validità di tal legato è necessario che il marito testatore o siesi rimesso alle tavole nuziali, se furono fatte, ovveramente abbia espresso la quantità della dote ch' egli lega alla moglie, altrimenti il legato sarebbe nullo come indeterminato, § 15, Inst. Tit. *de legatis* 2, 20; Fr. 1. § 7, e seq. *de dote praelegata* 30, 4 (4).

Legato di mobili

(*mobilia legata*)

§ 653. A ben comprendere la teoria romana a proposito de' legati di mobili, convien distinguerla nelle diverse parti nelle quali i Giureconsulti la consideravano.

I mobili sono di grande varietà, di uso diverso, più strettamente aderenti alla persona, onde le discipline giuridiche sono più divise e più sottili.

Il legato di mobili in genere (*mobilia legata*) è distinto dal legato di mobili che stanno in un certo luogo (*mobilia certi loci legata*).

Entrambi codesti legati son diversi dal legato della mobiglia, chiamata suppellettile in Diritto Romano (*suppellex legata*).

---

(1) Il codice civile non ne parla, e si ritiene come legato di debito — Veggasi quanto è detto in nota a proposito di tale legato.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 845 e 1410.

(3) Teoria uniforme, art. 828.

(4) Teoria uniforme, art. 845 e 1410.

Digitized by Google

V' ànno ancora altre classi di legati di mobili più speciali, e così v' à il legato dell' oro, dell' argento, di tutto ciò che serve a mantenere monda ed ornata la donna, di unguenti, di vesti, di statue, e d' immagini (*legata auri*, *argenti*, *mundi*, *ornamentorum*, *unguentorum*, *vestium*, *statuarum*, *imaginum*).

Il legato di vettovaglia o provvista per consumo di famiglia (*penus legata*).

Il legato di un fondo fornito (*legatum fundi instructi*) e il legato di un fondo con la sua dotazione (*legatum fundi cum instrumento*) ovvero della sola dotazione del fondo (*legatum instrumenti*).

Il legato di frumento , di vino, di olio (*legatum tritici*, *vini*, *et olei*) (1).

Esaminiamo partitamete codeste diverse classi.

Legato di mobili in genere
(mobilia legata)

Legato di mobili che stanno in un certo luogo
(*mobilia certi loci legata*)

Legato della mobiglia
(*suppellex legata*)

§ 654. Dobbiamo riunire queste tre diverse classi, per averne un chiaro concetto, e vederne i principii.

Quando il testatore lega in generale i mobili , comprende tutto quanto à di tal genere, onde in cotesto legato rientrano le merci anche se fossero destinate a vendere, il denaro benchè riposto per darlo a mutuo, le gemme , e tutto quant' altro si può trasportare da luogo a luogo, o si può muovere per propria forza come sarebbero gli animali — Ma non vi si comprendono i diritti e le azioni che ànno per oggetto cose mobili, cose incorporali. Veggasi Voet ad Pandectas Tit. *de legatis* n. 18, e leggansi le autorità ch' egli riporta.

Quando invece il testatore lega i mobili che sono in un certo luogo, come ad esempio quelli che sono in una casa o in un fondo, non vi si comprendono i danari , nè le azioni ed i diritti i cui documenti esistono nella medesima casa o fondo , nè vi si comprende ciò che vi sta momentaneamente, o per caso, ma vi si comprende ciò che per caso manchi Fr. 11, Fr. 44, Fr. 78, § 1, Fr. 86, Fr. 92, § 1 *de legatis* 32, 1. La ragione della differenza è che nella prima

(1) Il riscontro al codice civile sta nelle seguenti note.

Digitized by Google

potesi, cioè, nel legato di mobili, si dà in generale tutto, e nel tutto si comprende ogni parte, ma nella seconda, cioè, nel legato di mobili che stanno in certo luogo, si dà ciò che sta in relazione al luogo, onde la limitazione per la quale si esclude il danaro che non è certo destinato a stare in quel luogo, e si esclude ciò che vi sta momentaneamente — I diritti e le azioni poi sono sempre esclusi come cosa incorporale (1).

La mobiglia poi chiamata da' Romani suppellettile, comprende tutto ciò che era destinato dal testatore all' uso ordinario e quotidiano della famiglia ed esclude tutt' altro — In altri termini, come dice Pomponio, *suppellex est domesticum patris familiae instrumentum*. Fr. 1, *de suppellectile legata* 33, 10.

Se perciò un determinato mobile rientri o no nel legato di mobiglia, cioè di suppellettile, è quistione che si risolve vedendo la destinazione data all' oggetto dal padre di famiglia — Vi rientrerà soltanto allora che questi lo avesse destinato all' uso ordinario e quotidiano. Fr. 32, § 2, *de auro, argento, mundo legatis* 34, 2, Voet ad Pandectas Tit. *de suppellectile legata* n. 3.

Onde senz' alcun dubbio fanno parte della suppellettile le coltri, i materassi, le conche, le casse, i piatti, le zuppiere, i vasi di terra ecc. Fr. 3, pr. Fr. 5, pr. Fr. 7, § 2 *de supellectile legata* 33, 10.

Ma non vi rientrano gli ori, gli argenti, i dipinti ecc. Fr. 2; Fr. 7, § 1; Fr. 10; Fr. 11. *de suppellectile legata* 33, 10.

Dal momento però che tutto dipende dalla destinazione del padre di famiglia, può ben essere che un oggetto di oro e di argento possa far parte della suppellettile, qualora di esso il testatore avesse fatto un uso ordinario. Fr. 19, pr. *de auro, argento, mundo legatis* 34, 2 (2).

---

(1) Per codice civile si è distinto tra la parola *mobile* e quelle *beni mobili*. Adattandosi il legislatore al volgare linguaggio, se il testatore parli di *mobili* senza contrapposto agl' immobili presume che questi abbia voluto escludere il danaro, le cose preziose, i crediti, le collezioni scientifiche, le biancherie ad uso personale, cavalli, equipaggi, derrate, e cose che formano oggetto di un commercio, art. 422. Se poi il testatore parli di *beni mobili*, *effetti mobili*, *sostanza mobile* presume che abbia voluto comprendere tuttociò che è mobile art. 421. Si vede da ciò che il Codice à richiesto una espressione più precisa e spiccata per comprender tutti i mobili — Di più tra i beni mobili sono compresi i diritti e le azioni relative a' mobili, avendo per Codice Civile ricevuto molta estensione la divisione de' beni in mobili ed immobili, ciò che per diritto romano non era.

Quando poi il testatore à parlato di mobili che si trovano in certo luogo, e più specialmente *di casa con tutto quello che vi si trova* non s' intendono compresi nè il danaro, nè i diritti i cui documenti si trovano nella medesima, nè i crediti. art. 424.

(2) Il Codice Civile muove da altro criterio per dinotare le cose che rien-

Digitized by Google

Legato di oro, di argento, di ciò che serve a mantener monda ed ornata la donna, di unguenti, di vesti, di statue, e d' immagini

(legata auri, argenti, mundi, ornamentorum, unguentorum, vestium, statuarum, imaginum)

§ 655. Per legato di oro e di argento, ovvero dell'uno dei due, s'intende tutto ciò che il testatore lascia in codesti metalli Fr. 19 pr. *de auro, argento, mundo legato* 34, 2, non già l' oro e l' argento che potessero entrare nel suo patrimonio per forza di un credito, come ad esempio per forza di un pegno , perchè il credito rientra tra le azioni personali, e queste spettano all'erede. Fr. 7, e 27, § 2. Fr. 34, *ibidem* — Nel legato di oro e di argento non si comprende il danaro, avendo questo una designazione ed un uso diverso. Fr. 19 pr. Fr. 27 § 1, e 4 *ibidem.*

Il legato di ciò che serve a tener monda la donna (*mundum legatum*) abbraccia tutte quelle cose per le quali la donna si tiene netta nella persona, e così i pettini, lo specchio, i vasi per lavarsi e per ogni altro bisogno. Fr. 25, § 10. Fr. 27 e 32 § 7 *ibidem.*

Il legato di ciò che serve ad ornamento della donna (*ornamenta legata*) si restringe a ciò che l' abbellisce e le accresce grazia; onde non vi sono comprese le vesti perchè queste son destinate a covrire la nudità e riparare la persona, nè vi son compresi gli anelli che ànno una destinazione speciale, quali erano a' tempi romani gli anelli detti signatorii per apporre i suggelli. Fr. 25, § 10; Fr. 32, § 8 e 9; Fr. 37 *ibidem.*

Il legato degli unguenti (*unguenta legata*) e de' quali facevano tanto lusso le donne Romane de' secoli più avanzati, comprende non solo quelli che servono alla voluttà femminile , a' capelli , per odori ec. ma ancora gli altri che bisognano per la mondezza della persona, ed anche per la miglior salute. Fr. 21, § 1, *ibidem.*

Il legato delle vesti (*vestium et vestimentorum legatum*) contiene ciò che serve a coprire il corpo, qualunque ne sia la materia. Fr. 23, § 1, e 2. Fr. 24. Fr. 25 *ibidem.*

Il legato dello statue e delle immagini (*statuarum aut immaginum legatum*) dà diritto ad aver gli accessorii, come i piedestalli, le cornici ec. Fr. 12, e Fr. 14, *ibidem* (1).

---

trano nella *mobiglia*, che corrisponde alla suppellettile de' romani — Cioè non vuole che si valuti l' uso ordinario del testatore, ma invece la destinazione da lui data alle cose — Sarà per tanto considerato per *mobiglia* ciò che è destinato all' uso ed all' ornamento degli appartamenti , eccettuate le collezioni , anche quando in tali appartamenti si trovassero, art. 423.

(1) Il Codice Civile tace intorno a tutto ciò, ma, se la volontà del testatore non vi ripugni manifestamente, tali principii possono bene oggi applicarsi.

Digitized by Google

Legato di vettovaglia o provvista per consumo di famiglia

(*penus legata*)

§ 656. Potea legarsi la provvista che il testatore avea fatto per consumo di famiglia, e il legato allora dicesi *legatum penus*, quasichè si trattasse, come in realtà si tratta, di cose che stanno internamente, *penitus*, cioè in casa.

Ond' è che tale legato comprendeva tutto ciò che per mangiare e per bere il testatore avea apparecchiato pel consumo suo, della sua famiglia, de' domestici, e degli animali che avea con sè. Fr. 3, § 6 e 7, *de penu legata* 33, 9. Ma n' era esclusa la provvista fatta per la famiglia, e pe' domestici, e per gli animali che avesse altrove. Fr. 3, § 6, *ibidem*. Rientravano in tale legato anche i vasi ne' quali tali vettovaglie si contenevano, ma non quelli che servivano per ornamento e per uso perpetuo della dispensa, cioè della stanza destinata dal testatore a riporre tali cose. Fr. 2, Fr. 3, § ult. *ibidem*.

A nulla poi rilevava se le dispense o stanze fossero parecchie, e di esse alcune si trovassero in casa ed altre fuori. L' interessante era che la vettovaglia, dovunque posta, fosse dal testatore destinata al consumo suo e di quelli ch' erano con lui. Fr. 4, § 4, *ibidem* (1).

Legato di un fondo fornito
(*Legatum fundi instructi*)

Legato di un fondo con la sua dotazione
(*legatum fundi cum instrumento*)

ovvero della sola dotazione di un fondo
(*legatum instrumenti*)

§ 657. Il legato di un fondo fornito (*legatum fundi instructi*) comprende non solo il fondo con le sue accessioni, ma ancora con tutto ciò che il testatore vi avea per la comodità e pel suo uso — E così non solo vi rientrano gl' istrumenti aratorii, gli animali addetti alla coltura ec, ma ancora la mobiglia e la provvista che si trovassero per esempio in qualche villino che sta nel fondo. Fr. 12, § 27; Fr. 16, § ult; Fr. 27 § 1; Fr. 28 *de instructo vel instrumento legato* 33, 7. Codesto legato contiene due cose principali ed una accessoria: la prima cosa principale è il fondo, la cosa accessoria è tutto

(1) Non potrebbe esservi difficoltà ad applicare anche oggi tali principii, se la volontà del testatore non appaia diversa.

Digitized by Google

ciò che forma aderenza del fondo come istrumenti aratorii, animali per la coltura ec, la seconda cosa principale consiste ne' mobili che il proprietario vi avesse per sua comodità e per suo uso, come vettovaglie, sedie, libri ec. Veggasi Voet ad Pandectas al medesimo Titolo num. 2.

Il legato di un fondo con la sua dotazione (*legatum fundi cum instrumento*) è più ristretto e comprende soltanto il fondo e le sue accessioni, le quali si riducono a tutto ciò che serve e che è destinato per la semina, raccolta, e conservazione di qualunque frutto che provvenga dal fondo. Fr. 8, pr. § 1, *ibidem*.

Più ristretto ancora è il legato della sola dotazione del fondo (*legatum instrumenti*) perchè comprende le sole accessioni del fondo medesimo. Fr. 8, pr. e § 1, e Fr. 5, *ibidem*.

Premesso ciò, è facile intender le regole proprie di codesti tre legati.

Legato un fondo fornito, si à diritto a tutto ciò che è nel fondo, meno però su quelle cose che il testatore avea destinato a vendere. Fr. 12, § 30, *de instructo vel instrumento legato* 33, 7; Fr. 44, *de legatis* 32. 1, e su quelle altre che il testatore vi avesse momentaneamente deposto. Fr. 12, § 36 e 39, *de instructo vel instrumento legato* 33, 7; L. 2, Cod. *de verborum et rerum significatione* 6, 38.

Legato un fondo con la sua dotazione, si à diritto soltanto a ciò che serve per la semina, per la raccolta, e per la conservazione de' frutti, non già a que' mobili che il proprietario vi avesse portato per suo uso e per sua comodità. Fr. 12, § 15, 16 e 27, *de instructo vel instrumento legato* 33, 7. Inoltre, perduto il fondo, non si avrebbe diritto a tali accessorii, perchè questi seguono sempre il principale. Fr. 1, § 1, *ibidem*.

Legata la sola dotazione del fondo, ovvero legato il fondo e in modo distinto anche la sua dotazione, sicchè il testatore l' abbia considerata come altra cosa principale, la dotazione è sempre dovuta anche quando il fondo vada perduto per un qualche caso come per terremoto, forza di acque ec. Fr. 5, *ibidem* (1)

Legato di frumento, di vino, e di olio
(*legatum tritici, vini, et olei*)

§ 658. Legata alcuna di tali cose senza che il testatore ne dica la quantità, s' intende legato tutto ciò che il testatore lasci del genere designato. Fr. 7, *de tritico, vino et oleo legato* 33, 6.

---

(1) Anche questi principii sarebbero applicabili, se la volontà del testatore non apparisse manifestamente contraria.

Digitized by Google

Più specialmente è da portare attenzione sul legato del vino — In tale legato non si comprende ciò che al vino si accosti, come l' aceto, la birra, il mosto cotto, il vino di cotogna ec. Fr. 1, e 9 *ibidem*; ma nel legato medesimo si comprendono i vasi minori che possono muoversi senza molta difficoltà, e che non siano destinati a perpetuo uso e ad ornamento della cantina. Fr. 3, § 1; Fr. 6; Fr. 14, Fr. 15 *ibidem* (1).

Legato di scelta

(*legatum optionis vel electionis*)

§ 659. La scelta nei legati può verificarsi in tre diverse guise.

1. Quando il testatore abbia legato una tra più cose dello stesso genere, dichiarando che debba farsi la scelta tra quelle che sono nel suo patrimonio (come ad esempio uno dei suoi cavalli), ed abbia conferito il diritto di scelta al legatario, all' erede, o ad un terzo, ovvero siasi taciuto sulla persona che debba fare la scelta.

2. Quando il testatore abbia legato una cosa di genere, senza riferirsi al suo patrimonio (come ad esempio il legato di un cavallo), ed abbia conferito il diritto di scelta al legatario, all' erede, o ad un terzo, ovvero si sia taciuto sulla persona che debba fare la scelta.

3. Quando il testatore abbia alternativamente legato una tra più cose diverse, siano o non siano di genere, trovinsi o non trovinsi nel suo patrimonio (come ad esempio il legato di diecimila lire o della casa del testatore; ovvero il legato di un bue, o di un asino, o di un mulo), ed abbia conferito il diritto di scelta al legatario, all' erede, o ad un terzo, ovvero si sia taciuto sulla persona che debba fare la scelta.

In codesti tre casi è necessaria la scelta, ma il legato dicesi propriamente di scelta *legatum optionis vel electionis*) quando siasi conferito il diritto di scelta al legatario.

Esaminiamo prima partitamente cotali tre casi, e parleremo poi delle regole comuni a tutti e tre.

---

(1) Tali principii sarebbero applicabili anche oggi, se la volontà del testatore non vi ripugni.

Digitized by Google

Scelta nel legato di una tra più cose di genere, quando il testatore siesi riferito a quelle che sono nel suo patrimonio.

§ 660. L' esempio per codesto legato sarebbe — lego uno dei miei cavalii a Tizio.

Se il testatore ha aggiunto che la scelta debba farsi dal legatario, questi ha il diritto di scegliere l' ottima tra le cose, e così il miglior cavallo. Fr. 2, § 1, *de optione vel electione legata* 33, 5, Fr. 9, § 1, *pe dolo malo* 4, 3; L. ult. Cod. *communia de legatis* 6, 43; § 3, Inst. Tit. *de legatis* 2, 20 (1). La ragione è che la intenzione del testatore, dando il diritto di scelta al legatario, fu evidentemente quella di fargli prendere la miglior cosa.

Se invece il testatore ha conferito il diritto di scelta all' erede, questi non può scegliere l' infima fra le cose, ma deve darne una *mediae aestimationis*, perchè il testatore si è riferito a lui come a persona dabbene, senza permettergli che abusasse della sua posizione. Fr. 37, e 110 *de legatis* 30, 1 (2).

Se poi il testatore ha dato il diritto di scelta ad un terzo, questi deve anche tenersi al criterio *mediae aestimationis*, perchè dev'essere egualmente equo con l' erede e col legatario. L. ult. § 1, Cod. *communia de legatis* 6, 43 (3). Mancando o rifiutandosi il terzo, la scelta è fatta dal legatario, ma questi deve scegliere anche cosa di media estimazione per la ragione che sta al luogo del terzo (4). Quando poi il testatore prevedendo la mancanza o il rifiuto del terzo, dia la scelta al legatario, allora ha diritto di scegliere l' ottima tra le cose, perchè tale diritto gli è stato conferito direttamente dal testatore. Fr. 21, *de optione vel electione legata* 23, 5 (5).

Se da ultimo il testatore siesi taciuto intorno alla persona che debba fare la scelta, i Giureconsulti Romani distinguevano tra i legati *p er domnationem, per vindicationem, sinendi modo, praecipiendi modo*, di cui abbiam discorso al § 626. Nel primo caso davano il diritto di scelta all'erede, perchè codesta specie di legato menava ad azione personale, e l'erede come obbligato doveva essere favorito. Negli altri tre casi davano il diritto di scelta al legatario, perchè questi aveva un diritto reale sulla cosa legata con tali tre altri modi. (Veggasi Maynz con le ci-

(1) Teoria uniforme, art. 873.
(2) Teora uniforme, arg. art. 870.
(3) Teoria uniforme, art. 871.
(4) Per Codice Civile mancando il terzo di fare la scelta, deve farla l'autorità giudiziaria, scegliendo cosa *mediae aestimationis*, art. 872.
(5) Teoria uniforme, art. 873.

Digitized by Google

tazioni da lui poste al § 510, vol. 3.) Ma Giustiniano confuse ed unificò le quattro specie di legati, e perchè su tre delle quattro specie precedenti il legatario aveva il diritto di scelta, così diede a lui il diritto di scegliere fra le cose, quando il testatore non avesse conferito tale diritto ad alcuno, ordinando però che il legatario dovesse limitarsi a sceglier cosa *mediae aestimationis*, § 22, Inst. *de legatis* 2, 20, L. 1, e L. 3, Cod. *communio de legatis* 6, 43, (1).

Scelta del legato di una tra più cose di genere, quando il testatore non siesi riferito a quelle che sono nel suo patrimonio.

§ 661. L' esempio per codesto legato sarebbe — lego un cavallo a Tizio.

Per tale legato è regola che se il testatore ha lasciato nel suo patrimonio cose del genere designato, tra esse deve scegliersi; e se ve n' è una sola, questa è dovuta. La ragione è che il testatore facendo un legato a quel modo, intende nei casi ordinarii di riferirsi alle sue cose, ciò che corrisponde al principio generale, che il legato è una *delibatio hereditatis*. Fr. 2, § 2; Fr. 8, § 1; Fr. 13 *de optione vel electione legata* 23, 5 (2).

Per lo che bisogna distinguere se il testatore abbia lasciato nella sua eredità cose del genere designato, ovvero non ve le abbia lasciate.

Se tali cose vi sono, si applicano le regole che abbiamo spiegate nel punto precedente relativamente al legato di una tra più cose di genere, quando il testatore siesi riferito a quelle che sono nel suo patrimonio.

Se invece non vi sono, abbia il testatore dato il diritto di scelta al legatario, lo abbia dato all' erede ovvero ad un terzo, tutti debbono scegliere una cosa *mediae aestimationis*, non potendo supporsi che il testatore abbia voluto dar la facoltà al legatario o all' erede di andar girando pel mondo in cerca della migliore o della peggiore tra le cose. Fr. 37, *de legatis* 30, 1. Fr. 2, § 1, *de optione vel electione legata* 23, 5 (3).

Ma se il testatore non ha dato il diritto di scelta ad alcuno, cioè se si è taciuto intorno alla persona che debba scegliere, il diritto di scelta spetta all' erede, e per cosa *mediae aestimationis*, non potendosi, nel silenzio del testatore, ritener facultato il legatario, di

(1) Il Codice Civile à dato in tal caso la scelta all' erede, perchè egli è obbligato a darla, e deve darne una *mediae aestimationis*, tale presumendosi la volontà del defunto art. 870.

(2) Teoria uniforme, art. 873 ed 875 capov.

(3) Teoria uniforme, art. 873.

Digitized by Google

andare scegliendo fuori il patrimonio del defunto la cosa che gli sia stata legata. Fr. 3, *de tritico, vino, vel oleo legato* 23, 6— Veggasi Voet ad Pandectas Tit. *de optione vel electione legata*, n. 6 (1).

Scelta nel legato alternativo.

§. 662. Esempio di questo legato sarebbe — Lego a Tizio il mio palazzo ovvero centomila lire — Altro esempio sarebbe — Lego a Tizio la mia carrozza, o una pariglia di cavalli, o un paio di buoi.

Tale specie di legato si ha quando il testatore abbia alternativamente legato una tra due o più cose diverse, siano queste o non siano di genere, trovinsi o non trovinsi nel patrimonio di lui. Fr. 9, *de optione vel electione legata,* 23. 5 (2).

Evidentemente è necessaria la scelta, la quale può dal testatore esser conferita al legatario, all'erede o ad un terzo, ovvero può accadere che il testatore non abbia detto chi debba farla.

Or bisogna distinguere tra il caso in cui il testatore abbia alternativamente disposto di cose determinate, quello in cui abbia alternativamente disposto di cose di genere che sono nel suo patrimonio, e quello in cui abbia alternativamente disposto di cose di genere che non sono nel patrimonio di lui.

Se il testatore abbia alternativamente disposto di cose determinate, bisogna vedere a chi ha dato il diritto di scelta. Dato il diritto al legatario, questi può prendere l'ottima fra le cose alternativamente assegnate, cioè quella che meglio eonfaccia al suo interesse. Dato all'erede, questi ha il diritto di consegnare l'una delle due di cui meglio gli piaccia privarsi. Dato ad un terzo, questi può assegnare *arbitratu boni viri* qualunque delle cose alternativamente legate. Non dato il diritto di scelta ad alcuno, tale diritto spetta al legatario, come a quello che ebbe la preferenza da Giustiniano dietro le vicende delle diverse specie di legati da lui unificate e fuse, come abbiamo spiegato nel paragrafo precedente (3).

Se le cose disposte in via alternativa siano di genere e il genere si trovi nel patrimonio del testatore, si applicheranno le regole proprie di cosiffatti legati e che noi abbiamo esposte al primo punto.

Se le cose disposte in via alternativa siano di genere, e questo

(1) Il Codice Civile dà la scelta all' erede, il quale non è obbligato di dare l'ottima, nè può offrirla d'infima qualità, art. 870.

(2) Teoria uniforme, art. 874 e 894.

(3) Il Codice Civile dà invece la scelta all'erede, essendo questi l'obbligato, art. 874.

Digitized by Google

non si trovi nel patrimonio del testatore, si applicheranno le regole proprie di cosiffatti legati e che noi abbiamo esposte al secondo punto.

Quando poi nel legato alternativo siano alternativamente legate più cose, aleuna delle quali sia determinata, e l'altra sia di genere, si applicheranno le une regole piuttostochè le altre, secondochè la scelta cada sulla cosa determinata ovvero sulla cosa generica (1).

Regole comuni.

§. 663. Vi sono intanto sette regole comuni a tutti e tre i precedenti punti.

La prima è che fatta la scelta non può chi l'ha fatta pentirsene e volerne fare un' altra, sia perchè con la scelta l'esercizio del diritto restò compiuto, sia perchè dopo di questa il legato divenne determinato. Fr. 20 *de optione vel electione legata*, 23, 5; Fr. 5; pr. e Fr. 84, §9 *de legatis* 30. 1; Fr. 14, § 1, e Fr. 19 *de legatis* 31, 1 (2).

La seconda è che fatta la scelta, la cosa passa al pericolo del legatario, onde la perdita va a suo danno Fr. 84, § 9 *de legatis* 30, 1; Fr. 11; § 21 *de legatis* 31, 1 (3).

La terza è che la scelta deve farsi tra le cose che il testatore lasciò al tempo di sua morte Fr. ult. *de optione vel electione legata* 23, 5 (4) sia che trovinsi presso di lui, sia che egli avesse posseduto per mezzo di altri, come per esempio tenendo le cose in deposito, in locazione ecc. Fr. 8, § *ult. ibidem* (5). Il legatario perciò ha il diritto di farsi presentar tutte le cose dello stesso genere per potere scegliere tra esse. Fr. 3. 5. 8. § 3 *ibidem*; Fr. 3. § 10 *ad exhibendum*, 10 4 (6).

La quarta è che la cosa scelta dev'essere garentita dall'erede, perciocchè si tratta sempre di trasferire una cosa nella proprietà del legatario, e l'erede non vi avrebbe certo adempito in caso di evizione. Fr. 37. pr. Fr. 45. § 1. in fine e Fr. 110 *de legatis* 30. 1. Fr. 29 § 3 *de legatis* 32. 1, Fr. 58. *de evictionibus,* 21. 2 (7).

La quinta è che se delle cose tra cui deve scegliersi, ne sia

(1) Veggansi gli articoli citati ne'precedenti due punti, e che qui riescono applicabili per analogia.

(2) Teoria uniforme, art. 875.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 1298.

(4) Teoria uniforme, art. 873 e 875.

(5) Teoria uniforme, arg. art. 873, 875 e 683.

(6) Teoria uniforme, arg. art. 873 e 875.

(7) Teoria uniforme, arg. art. 1482.

Digitized by Google

rimasta una sola, questa è dovuta. In tal caso manca il diritto di scelta, e manca del pari la garenzia dell'erede, poichè il legato viene a rendersi determinato per una cosa sola. Fr. 8 § 1. e Fr. 13. *de optione vel electione legata* 23. 5 (1).

La sesta è che se più coeredi o più legatarii, che debbono fare la scelta non si accordino, decide la sorte chi tra loro debba farla § 23 Inst. *de legatis*, 2. 20 (2).

La settima è che, morto il legatario cui il testatore avesse dato il diritto di scelta, ovvero morto l'erede che avesse avuto somigliante diritto, sempre il diritto medesimo passa agli eredi. Prima di Giustiniano, se la scelta si fosse data al legatario, e questi fosse morto senza scegliere la cosa legatagli, il legato diveniva caduco, per la ragione che la scelta era stata considerata dal testatore come un obbietto del legato, ciò che a Giustiniano sembrò troppo duro § 23, *Instit. de legatis*, 2, 20 (3).

EFFETTI DE'LEGATI.

§ 664. A ben conoscere gli effetti de'legati, convien distinguerli in quattro punti diversi, vedere cioè

1. Quando sorge il diritto del legatario.
2. A che si estende tale diritto.
3. In qual modo tale diritto si assicura e si esercita.
4. Quali sono le regole per le spese nella prestazione del legato, e quali pel luogo ove la cosa deve consegnarsi.

Momento in cui sorge il diritto del legatario

§ 665. Il momento è diverso secondochè si tratti di legato puro e semplice, a termine, o sotto condizione.

Prima di esporre le regole proprie dell'acquisto di ciascuno di tali legati, fa d'uopo ricordare la differenza tra il *cedere diem* e il *venire diem*, di cui si è già parlato al § 594 — Si dice *dies cedit* quando alcuno à il diritto e non ne à l'esercizio: si dice *dies venit* quando alcuno à il diritto e l'esercizio del diritto medesimo. Fr. 213 *de verborum significatione*; 50, 16. Così Tizio fa un legato

(1) Teoria uniforme, art. 875 capov.

(2) In questo caso la scelta verrebbe rimessa all'autorità giudiziaria, arg. articolo 872, anche perchè non essendosi ripetuta nel diritto civile codesta soluzione del diritto romano, si fa ritorno al diritto comune che pone il giudice e non la sorte a dirimere le controversie, art. 34 Cod. pr. civ.

(3) Il Codice Civile lo à seguito art. 875.

Digitized by Google

a Cajo di mille lire da darglisi un anno dopo la sua morte. Tostochè muore Tizio, *cedit dies* a favore di Cajo, ma *dies non venit* se non a capo di un anno. Se il legato è puro e semplice *dies cedit et venit statim*.

Inoltre è a conoscere che era contrastato tra i Sabiniani e i Proculeiani se il legatario avesse ad acquistare di pieno diritto il legato, ovvero se avesse ad acquistarlo dietro accettazione. Gli uni sostenevano che il legatario non era in obbligo di accettare, perchè il legatario non è, come l'erede, un rappresentante giuridico del testatore, ma ha soltanto un rapporto con la cosa che il testatore gli dà, onde il suo diritto immediato sulla cosa stessa, salvo sempre a lui di rinunciarvi. Gli altri, cioè i Proculeiani, sostenevano invece che fosse necessaria l'accettazione del legatario, principalmente perchè, non intervenendo nè il legatario nè l'erede alla formazione del testamento, era mestieri che tanto l'uno quanto l'altro manifestassero la volontà di accettare. Gaj. Com. 2, § 195; Ulpian fragm. Tit. 24, § 31; Maynz *Droit Romain*, vol. 3, § 503. Piacque a Giustiniano ritener piuttosto la sentenza de'Sabiniani, come quella che rendea più semplice e più spedito il diritto, L. un. § 5. Cod. *de caducis tollendis* 6. 51 (1).

Ora facciamoci ad esaminare le diverse ipotesi innanzi precisate.

Legato puro e semplice — Quando si tratta di legato puro e semplice, il legatario à il diritto ad averlo nel giorno della morte del testatore — Poichè non vi è bisogno di sua accettazione, e il testamento prende forza con la morte di chi lo à fatto, non può esser dubbio che il momento dell'acquisto del diritto consiste appunto in quello della morte del testatore. Fr. 5 § 1, e fr. 21 pr. *quando dies legatorum cedat* 36. 2; Fr. 80 *de legatis*, 31, 1;—L. un. § 5. Cod. *de caducis tollendis* 6. 51 (2).

Ma sebbene i legati fossero dovuti dalla morte del testatore, pure non si potevano domandare efficacemente se non dopo che l'erede avea accettata l'eredità, perchè prima di tal tempo mancava la persona a cui si dovea richiedere. Fr. 32 *de legatis* 31, 1; Fr. 7 *quando dies legatorum cedat* 36. 2 (1).

Legato a termine — Se il termine è finale (come ad es. il legato di mille lire all'anno per dieci anni) il diritto sorge dal momento della morte del testatore; ma se il termine è primordiale (come ad es. il legato di mille lire da pagarsi un anno dopo la morte del testatore), si à il diritto, *cedit dies*, dal momento della morte, ma non se

(1) Così è piaciuto anche al nostro codice civile, art. 862.

(2) Teoria uniforme, art. 862.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 837, 838, 863, 868, 869, 893.

Digitized by Google

ne ha l'esercizio se non quando sia giunto il giorno designato, *nisi quando dies venerit*. Inoltre il diritto del legato è trasmessibile agli eredi, se pure il legatario non muoia prima che *dies cedit*. Vale a dire se il legatario muore prima che il legato cominci ad essere dovuto, come sarebbe se fosse fatto sotto condizione sospensiva, il legato rimane senza effetto, sia perchè il legatario non può aver trasmesso agli eredi un diritto ch'egli non avea; sia perchè il legato è una liberalità fatta esclusivamente per la persona del legatario. Ma se questi muoia dopo che il legato è dovuto, e prima che sia ancora esigibile, il diritto passa agli eredi di lui. Fr. 4, § 1; Fr. 5 pr. e § 1; Fr. 21 *quando dies legatorum cedat*, 36, 2; Fr. 26 *de usu et usufructu legato*, 32, 2; Fr. 70 pr. *de conditionibus et demonstrationibus* 35, 1 (1).

Lagati condizionali — Bisogna distinguere se i legati siano sotto condizione sospensiva o risolutiva.

Se sotto condizione risolutiva, si seguono le regole proprie dei legati a termine finale, cioè il legato si considera come puro e semplice da risolversi per un certo evento in altro tempo (2). Abbiamo già ampiamente esposto al § 314 che i Romani chiamavano la condizione risolutiva *obligatio pura quae sub conditione resolvitur*.

Se il legato siasi fatto sotto condizione sospensiva, il legatario non ha diritto alcuno finchè non si verifichi la condizione. Fr. 5, § 2, *quando dies legatorum cedat* 6, 32 (3).

E se muore prima che la condizione si verifichi, non avendo acquistato alcun diritto, niente trasmette a' suoi eredi (4).

Ma se la condizione sospensiva fosse impossibile sia per legge, sia per natura, sia per buoni costumi, il legatario acquista il diritto dal giorno della morte del testatore, e morendo dopo di lui, trasmette il diritto agli eredi. Fr. 5, § 3 e 4 *quando dies legatorum cedat*, 36, 2 (5).

Estensione del diritto del legatario.

§ 666. Può aversi una estensione nel diritto del legatario per gli accessorii della cosa legata, come pure pe' frutti ed interessi.

Riguardo agli accessorii è regola che con essi deve consegnarsi la cosa legata, perchè l'accessorio sempre segue il principale; come

(1) Teoria uniforme, art. 862, 853, 890.
(2) Teoria uniforme, art. 855.
(3) Teoria uniforme, art. 848 ed 853.
(4) Teoria uniforme, art. 853.
(5) Teoria uniforme, art. 849 ed 862.

Digitized by Google

del pari è regola che la cosa deve consegnarsi nello stato in cui si trova al momento della morte del testatore, perchè allora sorge il diritto del legatario. Fr. 16 e 53. § ult. *de legatis*, 32, 1 (1). Onde segue che i miglioramenti come le alluvioni, e le deteriorazioni, come la morte di alcuni capi di una greggia, accaduti dal tempo in cui fu fatto il testamento a quello della morte del testatore, vanno a carico del legatario, § 18 e 19 Inst. *de legatis*, 2, 20; Fr. 3 *de instructo et instrumento legato*, 33. 7 (2). Segue inoltre che le migliorie fatte sulla cosa legata dallo stesso testatore cedano anche a vantaggio del legatario, come ad esempio la fabbrica formata sopra il fondo legato, purchè non consti d'avere il testatore mutato di volontà. Fr. 44, § 4 *de legatis*, 30, 1; Fr. 39 *de legatis* 31, 1. Ma i giureconsulti non erano di accordo su questo punto, e ritenevano alcuni doversi dare al legatario il prezzo dell'area sopra cui il testatore aveva fabbricato. Fr. 98, § ult. *de solutionibus*, 46, 3. Fr. 7, § 2, *de legatis* 32. 1. Fr. 79, § 2 *de legatis* 31, 1. Riguardo poi ai nuovi acquisti coi quali il testatore avesse accresciuto il fondo legato, allora si intenderanno essere in esso compresi, quando egli ne abbia formato unico corpo, *modo testator eam partem non separatim possedit sed universitati prioris fundi adiunxit*. Fr. 10 *de legatis* 31 (3).

In quanto poi a'frutti o agli interessi, essi decorrono dal giorno della mora, cioè dal giorno in cui è in ritardo quegli che deve dare il legato. Or essendo il debitore costituito in mora mediante la richiesta del creditore, ne segue che i frutti e gl'interessi decorrono dal giorno della domanda. A questa poi va uguagliata la promessa che faccia il debitore perchè la promessa suppone la domanda del creditore. Fr. 23 *de legatis* 30, 1; Fr. 26 *de legatis* 32, 1 (4).

Non v'è poi bisogno nè di domanda nè di promessa quando il testatore abbia ordinato che i frutti o interessi decorrano dal giorno di sua morte, e quando il legato sia di cosa fruttifera. Nel primo caso deve valere la volontà del testatore, e nel secondo si ha che i frutti o gl'interessi costituiscono un' accessione sopra la quale ha certamente diritto il proprietario. Or proprietario della cosa legata è il legatario dal giorno della morte del testatore. Fr. 32, § 2; fr. 34 *de usuris* 22, 1. Veggasi Voet al Titolo *de legatis*, n. 48 (5).

---

(1) Teoria uniforme, art. 876.
(2) Teoria uniforme, arg. art. 893.
(3) Teoria uniforme, art. 847.
(4) Teoria uniforme, art. 864.
(5) Teoria uniforme, art. 865.

Digitized by Google

Modi pei quali il legatario assicura ed esercita il suo diritto.

§ 667. Il legatario assicura, in alcuni casi, il suo diritto mediante cauzione che deve prestargli chi è tenuto al legato; ed ottiene la cosa domandandone il possesso al gravato. Ha poi le azioni pel legato fattogli. Onde deve parlarsi della cauzione, del possesso, e delle azioni.

1. *Cauzione* — Quando si tratti di legati a termine primordiale, ovvero di legati sotto condizione sospensiva, il legatario à il diritto di esser sicuro pel dolo, per la colpa, ed anche per la inopia del gravato — Onde fu data al legatario la facoltà di costringere il gravatn a prestar cauzione per la consegna della cosa nel termine designato; o al verificarsi della condizione. Era questa la cauzione chiamata in Diritto Romano *cautio legatorum servandorum causa.* Fr. 1, pr. e § 2, Fr. 6, § 2, *ut legatorum seu fidecommissorum servandorum causa caveatur*, 36, 3.

Se il gravato non dava cauzione, il legatario era, a titolo di custodia, messo in possesso della cosa legata (*vicaria custodiae gratia possessio datur*). Fr. 5, § 1, *ibidem.*

Non si dovea intanto dar cauzione per que' casi in cui sarebbe riuscita inutile, come ad esempio ne' legati di liberazione. Fr. 1, § 2, *ibidem*; nè la si dovea dare dal padre a' figli essendo sufficiente l' affetto paterno; nè dal fisco perchè questo è sempre solvibile. Fr. 1, § 18, e Fr. 7 *ibidem* (1)

2. *Possesso* —Sebbene il dominio della cosa certa e determinata passi di pieno diritto nel legatario, pure questi deve sempre chiederne il possesso all' erede. La ragione è che l' erede è il continuatore della personalità giuridica del defunto, e perciò continuatore del possesso, e il legatario non si può far giustizia con le sue mani e andare addirittura ad apprender la cosa legatagli. Che se il legatario arditamente andasse a prendersela, l' erede può obbligarlo alla restituzione con azione possessoria, che in diritto romano chiamavasi *interdictum quod legatorum.* Fr. 1, § 2, *quod legatorum*, 43, 3; L. un Cod. *quorum legatorum* 8, 3; § 1, Inst. *de legatis* 2, 20 (2).

3. *Azioni* — Riguardo alle azioni spettanti al legatario, la forza

---

(1) Per codice civile il legatario a termine o sotto condizione può obbligare il gravato a dar cauzione, art. 856, e in ciò è conforme al diritto romano — Ma se il gravato non adempie all' obbligo della cauzione, sarà dato a' beni legati un amministratore, art. 857 capoverso.

(2) Teoria uniforme, art. 863, 694, 695.

Digitized by Google

stessa delle cose mena a doverle concedere in modo diverso. Non ostante che Giustiniano cercò di fondere ed unificare i legati, come più volte abbiamo detto a' § 627 e § 660, pure non poteva il legatario sperimentar sempre l'azione reale—Così, come esercitare l'azione reale pe' legati di cosa altrui, pe' legati di genere , pe' legati di scelta? Si concedeva perciò l'azione reale se era il caso di agire per revindica, e negli altri casi si agiva con azione personale — Or poteva rivendicarsi la cosa legata quando questa consisteva in un corpo certo e determinato ch' era nel patrimonio del testatore, perchè il diritto su di essa si trasporta al legatario non appena quegli è morto (1).

Negli altri casi si à l' azione personale contro il gravato, perchè chi accetta una disposizione del testatore resta obbligato per quasi contratto ad adempierne i pesi. § 5, Inst. *de obligationibus quae quasi ex contractu nascuntur* 3, 28 (2). Giustiniano poi concesse una ipoteca tacita su' beni del defunto a vantaggio de' legatarii, onde v' era pure azione ipotecaria. L. 1, Cod. *communia de legatis* 6, 43 (3).

Spese per la prestazione del legato — Luogo della consegna della cosa legata

§ 668. L' erede paga le spese per mettere la cosa legata a disposizione del legatario , e il legatario paga le spese pel trasporto — La ragione è che l' erede è debitore del legato, e come ogni altro debitore è tenuto a sostenere le spese del pagamento , cioè della prestazione e non quelle di trasporto. Arg. dal fr. 47, § 1, *de legatis* 30, 1; L. 4, Cod. *de fructibus et litium expensis* 7, 51; § 2, Inst. tit. *de poena temere litigantium* 4, 16 (4).

Ma se trattasi di cosa indeterminata, o di somma di danaro , la consegna deve eseguirsi nel luogo in cui è domandato il rilascio , vale a dire nel luogo in cui si è aperta la successione, *ubi petitur*. Fr. 47, § 1, *de legatis* 30, 1, (5).

Per riguardo poi al luogo , se il testatore non abbia indicato il punto ove deve consegnarsi la cosa legata, e trattisi di cosa certa e determinata, la consegna deve eseguirsi nel luogo dove sta la cosa, e il legatario deve colà riceverla.

---

(1) Teoria uniforme, art. 439 ed 862.

(2) Teoria uniforme, art. 1140, 929, 933.

(3) Oggi non v' è azione ipotecaria , ma la si ottiene quando si agisce per separazione di beni degli stabili art. 2060.

(4) Teoria uniforme, art. 877, 1249, 1250.

(5) Teoria uniforme, arg. art. 1249.

Digitized by Google

MODI PEI QUALI S' IMMUTANO O SI ESTINGUONO I LEGATI

§ 669. I legati possono subire una qualche mutazione, che i Giureconsulti chiamavano trasferimento, perchè quando i legati vengono ad avere una vicenda senza restare estinti, d' ordinario restano trasferiti. Per lo che qui la parola trasferimento (*translatio*) deve prendersi come sinonimo di mutamento — Vi sono poi modi di estinzione.

Parleremo perciò prima dei modi pei quali i legati si immutano, e poi di quelli pei quali si estinguono.

Modi de' quali i legati s' immutano

§ 670. I legati possono immutarsi in quattro diverse maniere, cioè;

1. per la persona del legatario (*a persona in personam*) come per esempio quando il testatore lega a Tizio ciò che aveva legato a Mevio.

2. per la persona del gravato (*ab eo qui dare jussus est ut alius det*) come per esempio quando il testatore ordini all' erede di pagare un legato, mentre ne aveva prima fatto obbligo ad un altro legatario.

3. per la cosa che si è legata (*cum res pro re datur*), come per esempio quando il testatore in luogo della casa pria legata avesse poi legata una biblioteca.

4. pel modo del legato (*ut mutetur legandi modus*), come per esempio quando il testatore aggiunga una condizione ad un legato che prima avea lasciato puramente e semplicemente. Fr. 6 *de adimendis vel trasferendis legatis* 34, 4.

Per riguardo a tali immutazioni bisogna tener presenti quattro regole.

La prima è che si deve bene indagare la intenzione del testatore per vedere se avesse voluto fare piuttosto una congiunzione di più legatarii, anzichè un trasferimento da un ad altro, mentre le parole talvolta possono ingannare. Fr. 33, *de legatis* 30, 1.

L'altra è che se il secondo legatario a vantaggio di cui il legato si è immutato, lo rifiuti, o divenga incapace, il primo legatario al quale il legato fu tolto, non può pretendere cos' alcuna, perchè è certo che il testatore ebbe la volontà di rivocarlo a riguardo di lui. Fr. 20, *de adimendis vel transferendis legatis* 34, 4.

Digitized by Google

La terza è che il legato passa da un legatario all' altro con tutt i suoi accessorii, modalità, e pesi. Fr. 24, *ibidem*.

La quarta è che quando il trasferimento è di cose, cioè quando il testatore à legato unanuova cosa in cambio della prima, se la seconda non è stata validamente legata, il legato della prima sussiste, perchè il testatore non ha avuto intenzione di privare di ogni liberalità il legatario. Arg. Fr. 32, *de legatis* 32, 1 (1).

Modi pe' quali i legati si estinguono

§ 671. Ad aver chiara e precisa idea de' modi pe' quali si estinguono i legati, giova tenerne parola seguendo lo stesso ordine serbato pe' modi pe'quali s'invalidano i testamenti dappoichè tra le due materie della istituzione di erede e de' legati vi è molta affinità, e conviene avvertir bene i punti di contatto. Vi sono poi de' modi speciali pe' quali cadevano i soli legati, e non le istituzioni di erede, e di essi terremo parola in ultimo.

Modi di estinzione comuni alle istituzioni di erede

§ 672, Come abbiam detto ne' § 613 e seguenti, i testamenti restavano infirmati per modi diversi, cioè o per un vizio nella origine stessa dell' atto; nel quale caso si aveano i testamenti *nulli*, *rescissi e ingiusti*, ovvero per un vizio posteriore e si aveano allora i testamenti, *rotti*, *irriti*, *e destituiti*.

Testamenti nulli — I testamenti erano nulli,

a) se il testatore era mancante della capacità di fatto, come ad esempio se fosse stato pazzo ecc. — Vedi § 614 (2).

b) se il testatore avesse preterito i figli, cioè se non li avesse nè istituiti eredi nè diseredati — Vedi § 586 e 614 (3).

c) se il testamento non avesse avuto istituzione di erede — Vedi § 614 (4).

In tutti codesti casi la nullità era tale che anche i legati cadevano — Nell' ultimo però, cioè quando il testamento era nullo per mancanza d' istituzione di erede, potevano valere i legati se il testa-

(1) Tutta questa teoria e uniforme, art. 918, 877, 920.

(2) La mancanza di capacità di fatto nel testatore oggi annulla anche i legati, art. 763. Vedi nota al § 614.

(3) La preterizione de' figli oggi non annulla il testamento ma dà diritto ai figli di conseguir la legittima, art. 805 e seguenti — I legati perciò sono soggetti a riduzione, art. 821 e seguenti. V. nota al § 614.

(4) Come più volte abbiamo detto innanzi, oggi non è necessaria la istituzione di erede per la validità del testamento, art. 759 e 760 — V. note al § 588.

Digitized by Google

mento si fosse potuto sostenere come codicillo, di che discorreremo parlando de' codicilli (1).

Testamenti rescissi — Per la rescissione de' testamenti, alcuna volta cadevano anche i legati, ed altre volte restavano fermi.

I legati cadevano quante volte la rescissione si operava per errore, dolo, o violenza (vedi § 615), sempre qnando però il dolo, l'errore, e la violenza versassero pure su' legati (2).

I legati restavano fermi, non ostante la rescissione del testamento, quando questa si operava

a) per la discredazione fatta per causa non giusta, § 586 e 615 (3).

b) per essersi lasciata la legittima a' figli senza la istituzione di erede, § 586 (4).

c) per la preterizione degli ascendenti, de' fratelli e delle sorelle, quante volte a questi ultimi si fosse preferita turpe persona, § 586 e 615 (5).

d) per la preterizione de' figli da parte della madre, § 615 (6).

e) per la preterizione de' figli naturali da parte della madre medesima, § 615 (7).

Testamenti ingiusti — Se il testamento mancava de' solenni di legge, era nullo anche per la parte relativa a'legati, V. § 616 (8), purchè il testamento medesimo non svesse potuto sostenersi come codicillo, nel quale caso i legati restavano fermi — Ne parleremo a proposito de' codicilli (9).

---

(1) Nel quale punto faremo avvertire in nota che se l' odierno testamento segreto fosse nullo, potrà valere come olografo quando ne riunisca le condizioni, art. 804 capov.

(2) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 759, 725 n. 3 e 4, 828, 836, 888, 111 Vedi note al § 589 e 591.

(3) Oggi non è riconosciuta diseredazione — V. nota al § 583.

(4) Oggi la preterizione de' figli dà diritto a questi di conseguir la legittima art. 805 e seguenti, e di far ridurre i legati, art. 821 e seg. V. nota al § 615.

(5) La medesima cosa è per la preterizione degli ascendenti — Non ànno diritto a legittima, e perciò nulla possono fare i fratelli e le sorelle avverso il testamento — V. nota a' § 584 e 615.

(6) I figli preteriti dalla madre ànno, come i figli preteriti dal padre, diritto di conseguir la legittima, e di far ridurre i legati, art. 821 e seguenti — V. nota al § 615 — Oggi non vi è distinzione fra i due genitori.

(7) I figli naturali riconosciuti ànno un diritto sulla successione di entrambi i genitori art. 815 e seg. e possono far ridurre i legati, art. 820, 821 e seg. Vedi note al § 584.

(8) Teoria uniforme, art. 804.

(9) E vedremo ancora che per codice civile se l' odierno testamento segreto fosse nullo, potrà valere come olografo se ne riunisca le condizioni art. 804 capoverso.

Digitized by Google

Testamenti rotti — I testamenti diceansi rotti quando erano dal testatore rivocati, ma la rivocazione potea essere espressa , tacita , e presunta — Vedi § 617.

Allo stesso modo i legati possono essere rivocati, e la rivocazione può anche essere espressa, tacita e presunta (1).

V' à rivocazione espressa quando il testatore espressamente rivoca il legato o con un testamento posteriore, o con un codicillo, o mediante dichiarazione, presenti due testimoni. Pr. Inst. tit. *de ademptione et translatione legatorum* 2, 21; Fr. 3, § 10 ed 11, e Fr. 13 *de adimendis vel transferendis legatis* 34, 4, L. 27, Cod. *de fideicommissis* 6, 42 (2).

V' ha rivocazione tacita ne' seguenti casi:

a) Quando il testatore faccia un nuovo testamento , il quale non sia nullo, pel principio di Diritto Romano che non si può morire con due o più testamenti , secondochè abbiamo detto al § 519 (3).

b) Quando il testatore abbia ridotto la cosa legata in altra specie, sempre che però non consti della contraria intenzione di volere ciò non ostante il testatore tener fermo il legato. — Così , legati dei legnami, questi non sono più dovuti se il testatore ne ha fatto una nave: legata una nave , questa non è dovuta se è stata disciolta e ridotta a legnami. Fr. 6, § 1, *de auro, argento legato* 34, 2; Fr. 88, § 2, *de legatis* 32, 1. La ragione che ne danno i Giureconsulti è che si considera come perita la specie antica , e che la trasformazione di una specie in un' altra indica cambiamento di volontà del testatore.

Ma i Giureconsulti, per le sette de' Proculejani e Sabiniani in cui erano divisi, si manifestavano discordi pel caso in cui la cosa legata e ridotta ad altra forma potesse tornare alla forma primiera. Così legati de' candelieri di argento, e fatti poi con essi un vase, questi poteano novellamente ridursi a candelieri. Or alcuni Giureconsulti sostenevano che in tal caso il legato era rivocato , ed altri invece che era valido, secondochè la setta riteneva, a proposito della specificazione, che la forma prevaleva alla materia o viceversa. Veggasi Pothier Pandette Tit. *de legatis.* N. 358 e 359 (4).

(1) Anche oggi la rivocazione de' legati può essere espressa, tacita e presunta — V. le seguenti note.

(2) Oggi la rivoca espressa dev' essere fatta in iscritto , non ammettendosi più forma nuncupativa ne' testamenti, art. 917, 920.

(3) Il codice ammette la contemporanea esistenza di più testamenti, purchè le disposizioni contenute nei testamenti precedenti non si trovino contrarie o incompatibili con le disposizioni novelle. art. 920, Vedi note ai § 557 e 619.

(4) Il codice civile, a rimuovere ogni dubbio, dispone nel capoverso dell'art.

Digitized by Google

c) quando il testatore alieni la cosa legata *cum animo adimendi legatum*, secondochè abbiamo spiegato al § 636 (1).

d) quando il testatore abbia esatto il credito che egli aveva legato, ovvero abbia esatto il debito del legatario cui aveva legata la liberazione, sempre quando però lo abbia fatto *cum animo adimendi legatum*, come abbiamo detto al § 649 (2).

V' à rivocazione presunta allorchè da un fatto si trae la illazione della rivoca della disposizione testamentaria — Veggasi § 619 —Or la presunzione della revoca del legato si à:

a) quando il testatore ignorasse la esistenza de' figlì, o sopragiungessero de' figli dopo fatto il legato, sia che i figli fossero postumi sia che fossero quasi postumi. Quali poi essi sono si legge nel § 582.

A tal modo si adeguava la sorte de' successibili e si preferiva il proprio sangue agli estranei, come abbiamo dimostrato per la istituzione di erede nel § 619 (3). Restava pure rivocato il legato per la legittimazione o l' adozione di un figlio dopo fatto il testamento. Veggasi § 619 (4).

Ma se codesti figli sopraggiunti fossero stati istituiti eredi o diseredati , la rivocazione del legato non aveva più luogo. Veggasi § 619 (5).

Nè anche à più luogo la rivocazione del legato, se il quasi postumo fosse morto prima del testatore. Veggasi § 619 (6).

b) Quando il testatore abbia cancellato o cassato il legato scritto nel testamento, con animo di rivocare tal parte, Fr. 16, *de adimen-*

---

892 che il legato è rivocato se il testatore à trasformato la cosa legata in modo che abbia perduto la precedente forma e la primitiva denominazione.

(1) Oggi l' alienazione della cosa legata, revoca il legato, senza che si abbia a fare altra indagine, art. 892. Si son volute evitare le liti.

(2) Oggi il legato di un credito o di liberazione di un debito à effetto per la sola parte che sussiste al tempo della morte del testatore, senza che si abbia a fare altra indagine art. 844 — Si son volute evitare le liti.

(3) Teoria uniforme, sempre quando però il testatore al tempo del testamento non avesse avuto figliuoli art. 888 — Vedi quanto si è detto in nota al § 619. — Inoltre la categoria de' quasi postumi oggi è ristretta perchè l' avo non à più la patria podestà su' nipoti. Chi oggi è quasi postumo è detto nelle note a pag. 83, 204 e 206.

(4) Teoria uniforme, art. 888.

(5) La rivocazione non à più luogo quando il testatore abbia provveduto al caso della esistenza, o della sopravvenienza de' figli o discendenti, art. 888 capov. 2. — Vedi nota al § 619.

(6) Se i figli o discendenti sopravvenuti premuoiano al testatore , il legato à il suo effetto, art. 889 — Vedi nota al § 619.

Digitized by Google

dis vel transferendis legatis 34, 4. Fr. 1, *de his quae in testamento delentur* 28, 4. Veggasi pure quanto è detto al § 620, (1).

c) Quando esistano altri chiari indizii di cangiamento di volontà, come ad esempio per inimicizie capitali sopraggiunte dopo fatto il testamento tra il testatore e il legatario, senza che siasi poi avuta riconciliazione tra essi. Fr. 3, § ult. *de adimendis vel tranferendis legatis* 34, 4 (2).

Testamenti irriti — Se dopo fatto il testamento s'immutava la capacità di diritto del testatore, il testamento era nullo, e lo si diceva irrito per la sopraggiunta incapacità, onde per essa cadevano anche i legati. Veggasi § 569 e 620 (3).

Testamenti destituiti — Era destituito il testamento quando restava deserto cioè abbandonato, e come per quattro casi ciò si verificava per le istituzioni di erede, così pe' quattro medesimi casi rimanevano caduchi i legati, cioè

a) Quando il legatario avesse rinunziato al legato. Veggasi § 622 (4).

b) Quando il legatario fosse premorto al testatore — Veggasi § 622 (5).

c) Quando il legatario fosse morto prima che si verificasse la condizione imposta — Veggasi § 622 (6).

d) Quando la condizione imposta non si fosse verificata — Veggasi § 622 (7).

Inoltre per diritto romano, se mai fosse rimasto destituito il testamento per essere incolto l'erede in uno di tali casi, cadevano anche i legati, specialmente perchè la istituzione di erede era di essenza ne' testamenti, e perchè dovendosi mantenere in vita il testamento si urtava la regola — *nemo potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere* — Che se poi il testamento si fosse potuto soste-

---

(1) Per le ragioni dette nella nota al § 620, oggi la cancellatura o cassatura dello scritto contenente il legato, non varrebbero a farne presumere la rivoca, specialmente perchè la legge per la rivocazione anche parziale di un testamento impone la forma nell'art. 917, e non ripete la presunzione che faceva il diritto romano.

(2) Questa presunzione di rivoca non è riconosciuta dal codice civile, sia perchè riusciva sempre equivoca, sia per evitare le liti.

(3) Oggi non v'è questa rivoca perchè non è necessaria la capacità di diritto nel testatore. V. note a' § 569 e 620.

(4) Teoria uniforme, art. 891.

(5) Teoria uniforme, art. 890, salva sempre la odierna sostituzione tacita della quale abbiamo parlato in nota al § 606.

(6) Teoria uniforme, art. 853.

(7) Teoria uniforme, art. 848, 857.

Digitized by Google

nere come codicillo , allora i legati restavano fermi , potendosi ess in tale ipotesi congiungere con la successione intestata — Veggasi quanto è detto nel medesimo § 622, e quanto diremo a proposito de' codicilli (1)

Modi di estinzione proprii de' soli legati

§ 673. Tali modi riducevansi a seguenti:

a) Quando si verificava la condizione risolutiva sotto cui un legato era stato fatto — Vedemmo al § 314 e seguenti che la condizione risolutiva non poteva imporsi alle istituzioni di erede, e vedemmo al § 631 che la si potea imporre a' legati — Or quando tale condizione si verifica, il legato rimane estinto (2).

b) Quando si è legata una cosa fuori commercio, dovendo l'obbietto de'legati consistere in cosa commerciabile, almeno per riguardo al legatario, come abbiamo veduto al § 633 (3).

c) Quando siesi legata una cosa che , al tempo del testamento era in potere del legatario , poichè è inutile legare ad alcuno la cosa propria. Veggasi § 638 (4).

d) Quando la cosa legata sia pervenuta al legatario a titolo lucrativo, pel principio — *duas lucrativas caussas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse*. Veggasi § 639 (5).

e) Quando il legato sia stato fatto con termine finale (*ad quem*) e il termine sia giunto — Vegggansi § 317 e 631 (6).

f) Quando sia perita la eosa legata — Qui dobbiamo soffermarci, non essendo la teoria molto semplice.

L'obbietto del legato può essere di genere, e può essere di corpo certo e determinato, chiamato *specie* da' romani — V. quanto abbiamo detto al § 311 (7).

---

(1) Oggi se manchi l' erede perchà questi non voglia o non possa accettare i legati sussistono sempre per la ragione che possono coesistere la successione testata e la intestata. — V. nota al § 622.

(2) Potendosi oggi imporre la condizione risolutiva tanto alla istituzione di erede, quanto a' legati, questo modo di estinzione è comune a tutte le disposizioni testamentarie — V. nota al § 311.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 759, 827, 1116. Vedi nota al § 633.

(4) Teoria uniforme, art. 843. Vedi nota al § 638.

(5) Teoria uniforme, art. 843 capov. V. nota al § 639.

(6) Teoria uniforme, arg. art. 851.

(7) Per codice civile la parola *specie* forma una gradazione del *genere* — Sicchè per detto codice l' obbietto del legato può essere di un genere o di una specie (considerata questa come gradazione del genere) e può essere di corpo certo e determinato — V. note al § 311

Digitized by Google

Inoltre il legato di quantità rientra nel legato di genere — V. ciò che è scritto al § 311 (1).

Per lo che dobbiamo parlar prima della perdita de' legati di genere e di quantità , e poi della perdita de' legati di corpo certo e determinato.

In quanto a' legati di genere e di quantità, è regola che essi non periscono mai — *Genus et quantitas nunquam perire intelliguntur* (2). E in realtà, se si fossero legate 1000 lire, ovvero si fosse legato un cavallo, come potrebbe avvenire la perdita? Sia qualunque l' evento che accada all' erede , egli resta sempre obbligato a dare le mille lire o il cavallo al legatario.

Ma deggiono qui farsi tre avvertenze — La prima è che se pel legato di genere o di quantità sia determinato il luogo , il legato passa subito ad essere legato di corpo certo e determinato, e perciò va soggetto a perdita, secondo le regole che or ora diremo a proposito de' legati di cosa determinata — Vedi quanto abbiamo detto al § 634 (3).

La ragione è che l' obbietto del legato resta individualizzato. Così legandosi lire mille che stanno nello scrigno , o un cavallo che si troverà nella stalla, niente sarà dovuto se nello scrigno o nella stalla niente si trovi.

La seconda avvertenza è che se il genere o la quantità sieno stati limitati al patrimonio del testatore, come ad esempio il legato de'danari o de' cavalli che si troveranno nella sostanza ereditaria, il legato svanisce se non vi si trovino nè danari nè cavalli. Vedi quanto è detto al medesimo § 634 (4).

La ragione è che ristretto l' obbietto del legato a ciò che del genere designato si trovi nella eredità, l' obbietto del legato vien pure ad individualizzarsi per riguardo al luogo.

La terza avvertenza è che, fattosi un legato di genere o di quantità che stanno in un certo luogo, ovvero un legato somigliante in relazione al patrimonio del defunto, se vi si trovi soltanto una parte della cosa, sarà dovuta la parte; e se vi si trovi una sola cosa del genere designato sarà dovuta tale cosa—Così se si son legate 1000 lire che stanno nello scrigno , e vi si trovino 500 ; se si è legato uno de' cavalli del testatore , ed egli abbia lasciato un sol cavallo,

---

(1) Per codice civile il legato di quantità rientra anche nel legato di genere — Vedi nota al § 311.

(2) Teoria uniforme, art. 840.

(3) Teoria uniforme, art. 842 — V. nota al § 634.

(4) Teoria uniforme, arg. art. 842 ed 875.

Digitized by Google

saranno dovute le lire 500; ed il cavallo. Fr. 108, § 10, *de legatis* 30, 1, (1).

La ragione è che la volontà del testatore non viene a mancare sol perchè il tutto che egli intese dare al legatario, si trovi ristretto ad una parte; nè viene a mancare quando manchi soltanto la scelta tra più cose, delle quali è rimasta una sola al tempo di sua morte.

Riguardo poi a' legati di corpo certo e determinato, chiamato specie da' Romani, bisogna distinguere la perdita che accada prima della morte del testatore da quella che avvenga dopo — Se, prima della morte del testatore, la cosa legata sia perita per qualunque causa, anche per opera di un terzo, il legato resta estinto, § 6, Inst. tit. *de legatis* 2, 20; Fr. 47, § *pen. de legatis* 30, 1, (2). La ragione è che viene a mancare l'obbietto del legato, e se è mancato per opera del terzo, vi sarà azione personale di danno che spetta al successore universale, e non al legatario — Perita la cosa legata, non son dovuti gli avanzi, nè gli accessorii — Morto il bue non è dovuta la pelle, morto il cavallo non è dovuta la bardatura — Sempre gli avanzi e gli accessorii seguono l'obbietto, il quale si trova estinto § 17, Inst. tit. *de legatis* 2, 20, Fr. 49, *pr. de legatis*, 31 (3).

Ma conviene non confondere gli accessorii con una parte della cosa legata — Legatasi una giumenta con un polledro, e morta la giumenta, sarà dovuto il polledro, perchè questo non è accessorio ma parte della cosa legata. Veggansi le medesime autorità (4). Di che segue la regola che, se in vita del testatore, non è perita tutta la cosa legata, ma ne è perita una parte, sarà dovuta la parte rimanente — Legata una gregge, sarà dovuta una sola pecora, se questa sola sia rimasta, perchè la volontà del testatore resta ferma anche quando l'obbietto sia rimasto in parte. Fr. 22, *de legatis* 30, 1 (5).

Che se la perdita è avvenuta dopo la morte del testatore, si applicano i principii proprii della materia contrattuale, perchè l'accettazione di eredità racchiude un quasi contratto tra l'erede ed i legatarii pel pagamento de' legati.

La cosa può perire per caso, per colpa, o per dolo, e la colpa e il dolo possono derivare dall'erede o da un terzo.

Se è perita per caso, bisogna distinguere se l'erede era in mora

(1) Teoria uniforme, art. 840, 841, 842 ed 875 — V. pure quanto si è detto al § 634.
(2) Teoria uniforme, art. 893.
(3) Teoria uniforme, art. 876 ed 893.
(4) Teoria uniforme, art. 876 ed 893.
(5) Teoria uniforme, art. 876 ed 893.

Digitized by Google

cioè in ritardo della consegna, ovvero se non lo era — Quando l' erede non è in mora, la perdita cade a danno del legatario pel principio *res perit domino*—Quando invece è in mora, la perdita cade a danno dell' erede, perchè chi è in ritardo è sempre in colpa — Così, fingasi la morte di un cavallo per un fulmine che lo abbia incenerito: paga l' erede se è in mora, per la ragione che il fulmine non avrebbe colpito il cavallo se lo avesse consegnato, come dovea, al legatario, mentre si sarebbe il cavallo trovato in altro punto — Ma se la cosa fosse egualmente perita presso il legatario, la perdita va a danno di costui, come ad esempio se il cavallo fosse morto per antico vizio, perchè la malattia lo avrebbe portato a morte anche presso il legatario.

Se la cosa è perita per dolo o per colpa dell' erede, questi sarà tenuto al risarcimento del danno; e se per dolo o colpa di un terzo, il legatario può rivolgere azione di danno contro di costui.

In ogni ipotesi però, ed anche nel perimento per caso, son sempre dovuti al legatario gli avanzi e gli accessori della cosa legata § 6, Inst. tit. *de legatis* 2, 20; Fr. 46, § *pen. de legatis* 30, 1; Fr. 23 *de regulis juris* 50, 17; L. 2, Cod. *de periculo et commodo rei venditae* 4, 48 (1).

LEGGE FALCIDIA

§ 674. I legati, che, come abbiamo veduto alcune volte cadevano, ed altre volte subivano una modificazione, in qualche altro caso erano soggetti a riduzione, e di questa appunto si occupa la legge Falcidia.

Già nel § 586 abbiamo esaminato la teoria relativa alla riduzione delle liberalità fatte per testamento o per donazione, quando accadesse di fare salva la legittima.

A codesta teoria si connette quella della legge Falcidia, cioè, la riduzione da essa imposta relativamente ai soli legati, ed a vantaggio non già dei legittimarii, ma degli eredi.

Quali erano le ragioni per cui si faceva la riduzione delle liberalità per testamento o per donazione a vantaggio dei legittimarii, ed in qual modo procedevasi a tale riduzione, lo abbiamo già detto nel medesimo § 586.

Ora dobbiamo innanzi tutto dire la ragione della riduzione dei legati in pro degli eredi.

La istituzione di erede era presso i Romani di grande importan-

---

(1) Teoria uniforme, art. 893 e 1298.

Digitized by Google

za, e mal vedeasi quando, contrariamente alla volontà del defunto, si dava luogo alla successione intestata.

Inoltre vi fu tempo in cui era imposta una tassa sulle successioni testate, estesa fino al venti per cento — Per lo che e per una ragione nobile qual' era quella di mantenere ferma la volontà del defunto, e per una ragione tutta fiscale qual' era la tassa di successione, si credè di rafforzare in modo l' istituzione di erede testamentario, da non farla vacillare.

Codesto fu l' oggetto della legge Falcidia, e ad averne una chiara idea conviene trattarla in tre distinti punti, cioè 1. per la storia di tale legge — 2. pel diritto con tale legge introdotto — 3. pei modi coi quali tale legge cessava di avere vigore.

Storia della legge Falcidia

§ 675. Molte volte nel corso di queste lezioni abbiamo ricordato la sconfinata potestà che le leggi delle 12 tavole assicuravano al testatore col famoso precetto — *paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto.*

Ma spesso i testatori abusavano di tale facoltà esaurendo la loro sostanza con legati e dando poco o nulla agli eredi, onde facilmente avveniva che questi rinunziavano all' eredità, e per la rinunzia cadeva la istituzione di erede, e cadevano ancora i legati e si apriva la successione intestata, il fisco perdeva la tassa, e si andava contro la volontà del testatore — Fu perciò pubblicata in prima la legge Furia nella prima metà del sesto secolo per la quale venne disposto che non si potesse fare un legato che superasse i mille assi, ma tale legge non raggiunse l' intento, perchè facendo i testatori molti legati di mille assi venivano a dispensare tutta la loro sostanza, e agli eredi poteva toccare poco o niente.

A tale legge Furia fece perciò seguito l' altra legge Voconia pubblicata nell' anno 684, e per essa venne proibito di dare a ciascun legatario più di quanto si dava all' erede. Ma nè anche si raggiunse lo scopo, perchè moltiplicandosi i legati, e facendoli tutti in piccola misura, l' erede veniva a percepire pressochè nulla.

Finalmente nell' anno 714 fu emanata la legge Falcidia, per la quale venne disposto che il testatore non potesse coi legati esurire più dei tre quarti dell' eredità, e che se mai egli fosse andato oltre i tre quarti, i legati erano riducibili per fare salva all' erede o agli eredi la quarta parte dei beni — Così potè giungersi a vedere ferme le istituzioni di erede. Pr. Inst. Tit. *de lege falcidia* 2, 22; *Ulpiani fragmenta* Tit. 18, § 7.

Digitized by Google

Diritto introdotto dalla legge Falcidia

§ 676. La detrazione della quarta parte dei beni, istituita pel vantaggio degli eredi testamentarii, o meglio per mantenere ferma la nomina degli eredi ne' testamenti, venne per benigna interpretazione estesa anche alla successione intestata, dal momento che i legati furono compatibili con essa per mezzo dei codicilli, dei quali parleremo al proprio luogo. Fr. 16, pr. *ad legem falcidiam* 35, 2. Ma tale detrazione non andava in pro degli eredi nei fedecommessi, nè dei legatarii. Fr. 47, § 1, *ibidem*.

Che se più fossero stati gli eredi, tutti essi avevano il diritto di fare salva soltanto la quarta parte dei beni, la quale veniva poi ripartita tra loro, imputando ciascuno nella sua quota, ciò che come erede aveva ricevuto dal defunto. E se uno degli eredi fosse mancato, e la porzione di lui si fosse accresciuta a quella degli altri, quegli che aveva avuta la porzione non gravata, la riteneva sempre libera, onde, avendo luogo il diritto di accrescere, veniva sempre a trarne vantaggio.

Ad intendere questo punto è da tenere presente che aveva diritto alla detrazione della quarta parte dei beni soltanto quell'erede, il quale avesse avuta la sua quota gravata di legati in modo che la parte di quella quarta non gli restava più salva. — Onde se ad un erede non gravato di legati fosse ricaduta la quota di un altro erede, la quale quota altrui fosse stata molto gravata, a base di questa soltanto egli faceva la riduzione de'legati, e la sua porzione primiera gli restava pienamente libera. — Se per converso uno degli eredi avesse avuto la sua parte molto gravata, e per diritto di accrescere gli fosse spettata la parte non gravata di un altro erede, in tal caso, egli riduceva i legati a base della sua parte gravata, e gli entrava libera la parte non gravata del coerede. Fr. 78 ed 87 *ad legem falcidiam* 35,2.

La detrazione poteva farsi ai soli legatarii, e perchè ai legati furono perfettamente uguagliati i fidecommessi singolari, e perchè le donazioni *mortis causa* potevano costituire altrettanti legati, ne seguiva che la detrazione si applicava ancora ai fedecommessi singolari e alle donazioni medesime. Fr. 18 pr. *ibidem*; L. 5. Cod. *ibidem* 6,50.

In quanto al modo di computare la quarta Falcidia, si applicavano gli stessi principii che abbiamo esposti nella riduzione a vantaggio dei legittimari nel § 586, cioè, la quantità del patrimonio si considerava quale era nel tempo della morte del testatore, e dopo detratti i debiti.

Digitized by Google

Modi pe' quali la legge Faloidia cessava di aver vigore

§ 677. Codesti modi sono i seguenti:

1° Se il marito abbia legato alla moglie la dote che gli ha portato, cioè, se si tratti di un *prelegatum dotis*, e la ragione è che si ha in tale caso un legato di debito, e i debiti non possono mai ridursi. Fr. 81, § 1. *ad legem falcidiam* 35,2.

2° Se i legati siano stati fatti in un testamento privilegiato di militari, perchè questi sono dispensati dal rigore di diritto civile. Fr. 17 e 40 e L. 7 Cod. *ibidem*.

3° Se l'erede abbia dolosamente agito nascondendo o sottraendo qualche cosa, poichè non vi sarebbe stato modo di stabilire l'ammontare dell'eredità. Fr. 24 *ibidem*.

4° Se i legati siano fatti per *pia causa*, cioè, a vantaggio della Chiesa, dei poveri, della scuola, o della dote, essendovi per tali cause un insigne favore. Novella 131, Cap. 12.

5° Se sia stata legata la libertà dello schiavo, perchè la libertà non è capace di detrazione. Fr. 32, 33 e 43 *ibidem*.

6° Se i legati siano stati pagati dall'erede, ovvero se egli ne abbia promesso il pagamento, essendovi allora la rinunzia tacita derivante dal pagamento o dalla promessa. Fr. 46 e 61 *ad legem falcidiam* 35,2; L. 9 ed ult. Cod. *ibidem*.

7° Se il testatore in sua vita abbia dato tanto all'erede da corrispondere alla quarta parte della sostanza, che egli lasciò, dappoichè in tale caso l'erede avrebbe già avuto la quarta. Fr. 56 § ult. e Fr. 91 *ibidem*.

8° Se l'erede abbia mancato di fare l'inventario, perchè per c ol pa sua non vi sarebbe il mezzo di conoscere l' ammontare dell'eredità. L. ult. § pen. Cod. *de jure deliberandi* 6, 30.

9° Se il testatore abbia proibito la detrazione della quarta Falcidia. Novella 1. Capo. 2, § 2. Quest' ultimo modo, è stato vivamente criticato da parecchi interpreti posteriori al Diritto Romano, i quali hanno detto che Giustiniano diede con ciò una disposizione contraria alla ragione del diritto, dappoichè la legge Falcidia non fu emanata soltanto per favore dei testatori, affinchè i loro testamenti non cadessero, ma anche per favore degli eredi e nel fine di assicurare a costoro una parte dell'eredità; onde, secondo essi, segue che Giustiniano pose in non cale l'interesse degli eredi e sovvertì la legge Falcidia, allorchè permise al testatore di proibire la detrazione. — Ma sembra invece che Giustiniano avesse fatta una legge di progresso, perchè, dando facoltà al testatore di proibire la detrazione

Digitized by Google

Falcidia, lo espose a morire intestato laddove l'erede non avesse voluto accettare l'eredità con quel divieto. — Il progresso sta in ciò — 1° che si risparmiava la esorbitante tassa di successione—2° e che si dava luogo alla successione legittima, la quale alla fin fine chiama a raccogliere i beni i più stretti parenti. — Per altro Giustiniano vedeva il correttivo nel testatore medesimo, al quale certo doveva piacere che la sua volontà restasse ferma, onde questi non avrebbe pato quel divieto se non fosse stato sicuro dell' accettazione dello erede (1).

FEDECOMMESSI.

§ 678. I confini troppo rigorosi, ne'quali per Diritto Romano era ristretta la facoltà di disporre e di ricevere per testamento, suggerì a' testatori di adoperar qualche frode per un qualche loro pietoso disegno che la legge vietava. — E la frode consisteva in una preghiera al proprio erede, affinchè avesse fatto ciò che la legge non permetteva — Così, per esempio, era necessaria la istituzione di erede per la validità del testamento, tale istituzione non potea esser fatta a termine, le forme testamentarie erano di essenza all'atto, la classe degl'incapaci a succedere era molto estesa — Sono cose che già abbiamo a lungo esposto innanzi. — Or se il testatore non avesse voluto rispettare codesti rigorosi precetti di legge, pregava l'erede, testamentario o intestato che fosse, a fare ciò che la Legge non volea, e così a restituire la eredità ad altri dopo un determinato tempo, a darla ad incapaci ecc.—Ecco perchè si dice che i fedecommessi furono inventati *in fraudem legum*—Specialmente si adoperava quel mezzo precativo per far giungere i beni agli incapaci, i quali per Diritto Romano erano molti § 1, Inst. *de fideicommissariis hereditatibus* 2,23.

Però la preghiera del moribondo, non fatta nelle forme di legge, apporta un peso di coscienza a chi l'à raccolta, ma non è obbligatoria.

Onde codesti atti furono chiamati fedecommessi, la qual parola rivela che trattasi di azioni *commesse* cioè abbandonate alla *fede* vale a dire alla lealtà dell'erede, senza che questi ne avesse obbligo legale.

---

(1) Per Codice Civile, non è stata ritenuta la teoria della legge falcidia, la quale perciò non trova oggi alcun riscontro — La ragione è che si è tolta la necessità della istituzione di erede per la validità del testamento (vedi note ai § 588 e 625), di modo che il testatore potrebbe esaurire tutta la sua sostanza in legati — Soltanto i legati vanno soggetti a riduzione in pro de' legittimarii (vedi note al § 586).

Digitized by Google

Per lo che riesce chiara la definizione che ne dà il Merillo (Synopsis, al Titolo de *fidecommissariis hereditatibus*). — *Fideicommissum est quod fidei heredis praestandum relinquitur* — E più precisa per rapporto alle eredità fecommissaria è la definizione di Einnecio alle Pandette (parte 5, § 216). *Fideicommissaria hereditas est hereditas tota, ejusve pars ita relicta, ut verbis precativis injungatur heredi restitutio.*

Il concetto, che principalmente spicca ne'fedecommessi, è la restituzione che deve ad altri farsi della cosa avuta dal testatore—Come del pari nel fedecommesso è insita la preghiera perchè chi si abbandonava alla fede altrui non ha certo il diritto di comandare — Per fedecommesso poi potea lasciarsi o tutta la eredità, o una quota di essa, o una cosa singola.

Tutti tali elementi si veggono ben compresi in quelle due definizioni.

Se non che ne' fedecommessi, che prima si ebbero da'Romani, si verificavano due gravi inconvenienti — Il primo era quello della frode alla Legge, e ciò non potea tollerarsi, e il Senato Consulto Planciano vietò che per mezzo de'fedecommessi potessero giungere beni ad incapaci (Veggasi Einnecio Commento alla legge Giulia Papia Poppea, lib. 6, cap. VI, pag. 192).—Il secondo era che l'erede, incaricato della restituzione, facilmente tradiva la fede data al defunto — L'uomo abusa facilmente della sua posizione, specialmente quando trattasi di interesse; e molto spesso accadeva che gli eredi non eseguivano ciò che si era loro raccomandato, non ostante che fossero capaci di ricevere quelli a' quali i beni doveano restituirsi, dispregiando pure solenni giuramenti che talora i testatori faceano per la osservanza prestare agli eredi a nome del Sommo Giove ed anche dei potenti Imperatori — Era una insigne perfidia, e la opinione pubblica riprovava sdegnosamente cosiffatte sordide azioni. (Inst. § 1, *Tit. de fideicommissariis hereditatibus* 2,23). È bello leggere le fiere parole di Cicerone su questo argomento *in Verrem* 11, 1, 47, *De finibus* 11, 17, 18. Augusto perciò cedendo al sentimento popolare, ordinò che gli eredi fossero costretti all' adempimento de' fedecommessi (§ 1, Inst. tit. *de fideicommissariis hereditatibus* 2, 23. Vico *de universi juris principio e fine* lib. 1, § 209) e ne diè giurisdizione a'Consoli, e Claudio poi nominò due pretori fedecommessarii, essendosi generalizzato l'uso di quella forma di testare.

I fedecommessi quindi presero a corrispondere in certa guisa alle istituzioni di erede ed a' legati. — O si lasciava per fedecommesso l'intera sostanza ereditaria, ovvero una quota di essa, e allora si avea il fedecommesso universale rispondente alla eredità *(hereditas fidecommissaria)* — o si lasciava una cosa particolare, e allora si avea il fe-

Digitized by Google

decommesso singolare, rispondente al legato (*fideicommissum singulae rei*).

Codesta è la prima divisione dei fedecommessi, distinti in universali e singolari.

Ma ve sono anche altre , perciocchè il fedecommesso può essere espresso, tacito e presunto, successivo, graduale e perpetuo — Lo espresso si ha quando nettamente è detto ad alcuno che restituisca ad altri la eredità, o parte di essa, o una cosa singola. — Tacito, quando non si fa cenno della restituzione, ma la si vede con certezza da qualche cosa detta all'erede, come ad esempio se il testatore abbia pregato l'erede a morire intestato, il che equivale a volere che i beni passino, dopo la morte dell'erede, ai prossimi congiunti di costui — Presunto, quando il fedecommesso si arguisca per congetture, cioè, da qualche fatto noto che ravvolga del dubbio e che meni per verosimiglianza alla illazione della esistenza del fedecommesso, come quando alcuno lasci i beni al nipote da conseguirli dopo la morte del figlio — Successivo, quando sono chiamate successivamente più persone, le une dopo le altre. Graduale quando sono chiamate più persone di più generazioni. Perpetuo quando sono chiamati i discendenti all' infinito, senza limite di gradi.

Ma per una Costituzione di Giustiniano fu disposta la estinzione del fedecommesso perpetuo al quarto grado. (Novella 159, Cap. 2).

Si ebbe perciò col tratto di tempo, e specialmente in quello posteriore al Diritto Romano, una nomenclatura varia e distinta. *Fedecommesso di famiglia* fu quello per lo quale il testatore dichiarava volere che i beni restassero sempre in famiglia. *Seniorato* fu quello per lo quale veniva preferito nell'ordine successivo il più vecchio di famiglia. *Majorascato* fu quello per lo quale veniva preferito il maggior figliuolo. Passa pure un'attinenza tra i fedecommessi ed i feudi, ma non è qui il luogo da trattarne.

Tornando a' tempi Romani, e limitandoci a' fedecommessi, si vede che dopo di essersi data da Augusto forza obbligatoria a somiglianti disposizioni, non fu cambiato tecnicismo di parola. *Fedecommessi* chiamavansi e prima e dopo quell'Imperatore perchè restò sempre che il fedecommesso era un atto per lo quale l'erede non potea far definitivamente sua la eredità, ma dovea conservarla intera, o in parte, o in qualche singola cosa, per restituirla a quello che dal testatore fosse stato designato. Ond'è che reggono sempre i termini delle definizioni su cennate, perché l'obbligo della restituzione si associa alla idea della buona fede dell'erede, e il testatore facendo un fedecommesso non potea comandare ma pregare, mentre il comando era riservato all'atto solenne de' testamenti.

Digitized by Google

Or per la esistenza del fedecommesso son necessarie tre persone — 1° chi lo fa (*fideicommittens*) — 2° chi lo riceve ed è gravato di restituire (*fiduciarius* dalla fiducia in lui riposta) — 3° chi lo deve avere in restituzione (*fideicommissarius*).

Di tali tre persone, la prima deve avere la capacità di far testamento, e le altre due la capacità di ricevere. Fr. 1, § 17, e fr. 67 § 3 *ad senatus consultum Trebellianum* 36, 1; L. 9, Cod. *de fideicommissis* 6, 42, secondo le regole spiegate innanzi nella materia testamentaria — La terza poi, cioè il fedecommissario può essere a sua volta anche fiduciario, quando cioè egli debba avere da uno e debba restituire successivamente ad altri, § 11 Inst. Tit. *de fidecommissariis hereditatibus* 2, 23; fr. 78, § 11, *ad Senatus Consultum Trebellianum* 36, 1.

Intanto erede è il fiduciario, e dopo il senato Consulto Trebelliano (del quale discorremo or ora) anche il fedeeommissario si tenne in luogo di erede — Torneremo su questa idea della qualità ereditaria impressa così al fiduciario come al fedecommissario, e ne vedremo le ragioni trattando di qui a poco di quel Senato Consulto— Qui abbiamo dovuto far cenno di quelle qualità per riuscire più ordinati e chiari e far intender bene i caratteri costitutivi del fedecommesso.

Essendo eredi così il fiduciario, come il fedecommissario, segue che l' uno prima e l' altro dopo son proprietarii de' beni lasciati per fedecommesso. Non si può considerare il fiduciario come semplice usufruttuario, perchè il testatore lo chiama suo erede con l' obbligo della restituzione, ed è così vero che egli non ne è usufruttuario, per quanto se il fedecommissario manchi per rinunzia o per premorienza al fiduciario, resta l' assoluta proprietà de' beni senza obbligo di restituzione, ciò che non potrebb' essere quante volte il fiduciario fosse usufruttuario. Fr. 17, e 60, *de legatis* 30, 1; fr. 38, § 6, *de legatis* 32, 1. E la ragione è che il fedecommissario è erede sotto condizione che sopravviva al fiduciario. Laonde il fiduciario è proprietario sotto condizione risolutiva, e il fedecommissario lo è sotto condizione sospensiva, e l' una e l'altra condizione si fondano sulla sopravvivenza del fedecommessario al fiduciario.

Ma il fiduciario, ed anche il fedecommessario che fosse a sua volta fiduciario verso di altri, sono propietarii con l' obbligo della inalienabilità — Se essi debbono restituire, non possono assolutamente alienare.

Laonde la proprietà con la proibizione di alienare per potere restituire è ciò cne forma il principal carattere distintivo del fedecommesso.

Ma ciò non basta — Il fedecommesso à un altro carattere, ed è

Digitized by Google

quello di una doppia disposizione fatta direttamente dal testatore a vantaggto del fiduciario e del fedecommessario, fatta però in maniera che i beni giungano per surrogazione dall' uno all' altro, la quale surrogazione si opera per via obliqua pel ministero del fiduciario incaricato di conservare e di restituire al fedecommissario. In effetti il fedecommesso è diretto a surrogare un secondo erede all' erede istituito, ovvero un secondo legatario al legatario nominato, e la via è obliqua per tale surrogazione (*obliquo modo*) perchè i beni prima di giungere al fedecommessario fan passaggio nelle mani del fiduciario, dal quale quello li riceve — Il fedecommesso è anche una disposizione modale, perchè, se è vero che è modale la disposizione allora che il testatore vi annette il carico di fare o di dar qualche cosa (Pothier Pandette tom. 2, p. 491), il fiduciario deve anch' egli fare, dal momento che à l' obbligo di restituire — Onde il Giureconsulto chiama modo il carico della restituzione. Fr. 17, § ult. *de conditionibus et demonstrationibus* 35, 1.

Vi è poi un terzo carattere, ed è quello del godimento de' beni, cioè della percezione de' frutti fino a che non giunga il tempo designato dal testatore per la restituzione (Veggasi Voet *ad Pandectas* Tit. *ad Senatus Consu'tum Trebellianum* n. 49). Che se per volere del defunto, il fiduciario non debba avere i frutti, ma debba restituire e beni e frutti al fedecommissario, in tal caso si avrà un fedecommesso improprio (oggi chiamato fiducia o disposizione fiduciaria) di cui discorreremo appresso.

Per lo che i caratteri del fedecommesso son tre — 1° proprietà con divieto di alienare per potere restituire — 2° doppia disposizione, per la quale uno è surrogato all' altro in via obliqua — 3° percezione de' frutti fino al tempo in cui deve farsi la restituzione.

Onde si vede che non era vero fedecommesso quello chiamato *de residuo* o *de eo quod supererit*, e che consisteva nel dover passare ad una persona determinata que' beni de' quali fino al tempo di sua morte non avesse disposto chi fosse stato istituito erede o nominato legatario. Evidentemente manca uno degli elementi, qual'è quello della conservazione de' beni. Ma le cautele onde in Diritto Romano venne circondato un ordine somigliante dato dal testatore, lo resero fedecommesso reale e manifesto; perciocchè dapprima venne disposto che gli effetti dovessero essere regolati *arbitratu boni viri*, ammettendosi quelle sole alienazini fatte per bisogni reali e di buona fede *non invertendi fideicommissi gratia*. Fr. 70, § 3 *de legatis* 31, 1; Fr. 54 e 58, *ad Senatum Cousultum Trebellianum* 36, 1. Giustiniano poi avvalorò la forza del fedecommesso intorno a tal punto, di-

Digitized by Google

sponendo che il fiduciario avea l' obbligo di conservare almeno un quarto de' beni a vantaggio del fedecommessario. (Novella 108).

§ 679. Vedutisi i caratteri del fedecommesso, dobbiamo conoscerne le forme.

Abbiamo già detto innanzi che dapprima i fedecommessi erano abbandonati alla lealtà dell' erede, il quale potea essere pure l'erede legittimo; abbiamo anche detto, e meglio spiegheremo or ora, che in origine nei fedecommessi era erede il solo fiduciario, e che, dopo il Senato consulto Trebelliano, non fu dichiarato erede ma fu tenuto in luogo di erede anche il fedecommessario — Abbiamo detto inoltre che il fedecommesso veniva a costituire un peso dell' eredità, e che è sempre una disposizione modale — Da tutto ciò seguì che, a somiglianza dei legati, potea il fedecommesso farsi per codicilli. E perchè, giusta quanto si è detto al § 627, non era applicabile ai legati la massima propria della eredità — *nemo potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere* — nè anche ai fedecommessi tale massima si applicava, onde i fedecommessi potevano bene unirsi con la successione intestata.

La somiglianza de' fedecommessi a' legati menò per rapporto alla istituzione di erede alla somiglianza delle forme — I legati potean disporsi per testamento e per codicillo, ed anche i fedecommessi poteano farsi negli stessi due modi — Se i fedecommessi faceansi per testamento, erano necessarii sette testimoni quanti se ne ricercavano ne' testamenti; e se faceansi per codicilli era necessario il numero di cinque testimoni quanti ne erano richiesti pe' codicilli — Anzi pe'fedecommessi si andò oltre, e si permise che potessero farsi a voce dal testatore all' erede fiduciario fuori la presenza di alcuno, e in tal caso il fedecommissario potea deferire il giuramento al fiduciario, e si seguivano le regole proprie di codesto mezzo probatorio, cioè o il fiduciario negava e il fedecommessario non avea alcun diritto, o ricusava di rispondere ovvero affermava e sorgeva il diritto del fedecommessario.

Il fedecommesso potea essere puro, a termine, e sotto condizione — Puro, quando si fosse imposta la restituzione immediata, come ad es. lascio i miei beni a Tizio con preghiera di darli subito a Caio, nel quale caso il vantaggio del fiduciario stava nella detrazione della quarta Trebellianica, di cui or ora parleremo — A termine, quando si fosse designato il tempo da cui dovesse il fedecommesso cominciare o dovesse finire, come ad es: lascio i miei beni a Tizio con preghiera di darli dopo un anno a Caio, il quale li darà dopo un anno a Sempronio. In tal caso il diritto del fedecommessario *cedit* dal momento della morte del testatore — Sotto condizione,

Digitized by Google

quando il fedecommesso potesse avere efficacia soltanto per un evento futuro ed incerto, come ad es. lascio i miei beni a Tizio con preghiera di darli a Caio se la mia nave torni dalle Indie. In tal caso il fedecommesso non ha esistenza, finchè non si verifichi la condizione. Fr. 5, § 1 e 2 *quando dies legatorum cedat* 36, 2; fr. 32, § 1, *de legatis* 31, 1.

Ma la maggior parte dei fedecommessi consisteva nell' obbligo della restituzione al tempo della morte del fiduciario — In questo caso giusta la teoria spiegata al § 317, non si avea il solo termine, ma si aveva termine e condizione insieme, perciocchè dicendosi — *lascio i beni miei a Tizio con preghiera di restituirli dopo la sua morte a Caio* — si ha il termine, non potendo Caio averli prima della morte di Tizio, e si ha pure la condizione non sapendosi l' evento futuro ed incerto, cioè, se Cajo premuore a Tizio o anche se muoiano entrambi nello stesso tempo, nel quale ultimo caso non si avrebbe la premorienza del fiduciario Tizio.

Or quante volte Cajo fosse premorto a Tizio, il fedecommesso svaniva, perchè la condizione non si verificava in vita del fedecommessario — E in effetti il dire — *lascio i miei beni a Tizio con preghiera di restituirli dopo la sua morte a Cajo* — vale lo stesso che dire — *lascio i miei beni a Tizio con preghiera di restituirli a Cajo se questi gli sopravviva.* Se poi Cajo fosse sopravvivuto a Tizio, si verificava e il termine e la condizione § 2, Inst. *de fidecommissariis hereditatibus* 2, 23; fr. 70, § 1, *de conditionibus et demostrationibus* 35, 1; fr. 4, *quando dies legatorum cedat* 36, 2.

Era necessario spiegarsi bene sopra questo punto, per potersi formare una idea chiara del sistema Romano, ed avere idea chiara del sistema vigente (1).

(1) Il codice civile à abolito i fedecommessi, e li ha dichiarati nulli, art. 899, 900. Ma per fedecommesso non intende altro se non la disposizione per la quale vi è il carico di conservare e di restituire al tempo della morte. Per lo che, non ostante che si parli sempre dell'abolizione dei fedecommessi, e si creda che questi più non esistano, in realtà esistono tutti, meno quel solo per lo quale si è imposto il peso della restituzione dopo la morte, e meno l'usufrutto od altra annualità a più persone successivamente l'una dopo la morte dell'altra, di cui si parlerà or ora tra i fedecommessi presunti. In ciò sta la più spiccata differenza tra il diritto romano ed il codice italiano — Nè l'abolizione dei fedecommessi mena alla nullità della disposizione testamentaria, ma alla nullità della sola sostituzione, rimanendo valida la istituzione. In ciò è la principale difformità in materia di fedecommessi tra il codice italiano e il codice francese.

Ond'è che se la restituzione debba farsi a termine certo, oggi si avrà una disposizione a termine che è valida come legato — Se debba farsi a termine incerto, ovvero al verificarsi di un evento, si avrà una disposizione sotto condi-

Digitized by Google

§ 680. Se non che pe' fedecommessi è molto importante in Diritto Romano la teoria derivante dai due Senato consulti Trebelliano e Pegasiano.

---

zione, la quale ha pure tutto il valore — Fatto poi un vero e reale fedecommesso, la disposizione testamentaria ha effetto per il solo istituito.

La ragione del divieto odierno è che, ammettendosi l'obbligo della restituzione pel tempo posteriore alla morte del gravato, e molto più dei gravati in via successiva per gradi e generazioni, verrebbe a costituirsi un nuovo ordine successorio, tanto più arbitrario e dispotico in quanto che sarebbe stabilito dal testatore, la cui volontà avrebbe vigore per troppo lungo tempo dopo la morte — Non può ammettersi che alcuno sceso alla tomba possa, anche per secoli, avere la forza di regolare il trapasso successivo dei beni — I due principii regolatori del diritto derivante dalla proprietà e dalla famiglia, dei quali abbiamo parlato al § 553, vi si oppongono recisamente — Oltre a tale ragione tutta giuridica, ve ne sono altre di ordine economico, come la prosperità del credito, dell'agricoltura, del commercio ecc.

La ragione poi per la quale resta valida la istituzione e nulla la sostituzione è che non la istituzione di erede, ma la sola sostituzione fedecommessaria si oppone all'ordine successorio legale stabilito dalla legge, e d'altro canto si presume di leggieri che la volontà del testatore è che si mantenga almeno la istituzione se non è possibile mantenere la sostituzione, e inoltre chi è istituito riunisce certo, come ogni altro erede, i maggiori favori e gode del maggiore affetto del testatore.

Ma perchè i fedecommessi hanno molta affinità con altre teorie di diritto e specialmente con la sostituzione volgare, col diritto di accrescere e con le disposizioni sotto condizione, o a termine, cose tutte che sono oggi permesse, fa d'uopo non solo ben distinguere e precisare i caratteri costitutivi dell'odierno fedecommesso vietato, ma vederne anche le principali conseguenze,

I caratteri costitutivi dell'odierno fedecommesso vietato sono que'medesimi che informavano il fedecommesso romano con l'aggiunta di un altro elemento, cioè della restituzione al tempo della morte del gravato.

Se i caratteri costitutivi erano tre per diritto romano, cioe — 1. Proprietà nel fiduciario con divieto di alienare e con obbligo di restituire — 2. Doppia disposizione fatta direttamente dal testatore, e per la quale il fedecommissario è surrogato al fiduciario in via obliqua — 3. Percezione de'frutti fino al tempo in cui deve farsi la restituzione; oggi son quattro, perchè vi si è aggiunta la restituzione al tempo della morte del gravato. Quando si riuniscano tutti e quattro codesti caratteri, il fedecommesso è vietato—Uno che ne manchi, manca il divieto, e l'atto è valido, sebbene non prenda il nome di fedecommesso — Diamone la dimostrazione.

1. È necessario innanzi tutto che vi sia la proprietà nel fiduciario con divieto di alienare per potere restituire—Il fedecommesso rende il fiduciario proprietario sotto condizione risolutiva, e il fedecommissario sotto condizione sospensiva, e l'una e l'altra condizione consistono nella sopravvivenza del secondo al primo — Dando la mia casa a Pietro col carico di conservarla fino alla sua morte per restituirla poi a Paolo, vale come se dicessi— Pietro restituirà la casa a Paolo, se questi gli sopravvive— (Marcadè all'art. 896 cod. fr. unifor-

Digitized by Google

Come abbiamo già esposto innanzi al § 678 nel fedecommesso era erede il solo fiduciario, e non il fedecommissario, per la ragione che egli aveva dal testatore la qualità di erede, e soltanto gli incom—

me all'art. 899 cod. ital.) Quando poi si pensi che il fiduciario deve restituire, non è possibile per lui l'alienare.

Non può perciò confondersi il fedecommesso col lascito dell'usufrutto ad uno e della proprietà ad un altro, perchè l'usufruttuario non è mai proprietario sotto condizione.

Nè può confondersi il fedecommesso con la sostituzione volgare, perchè tale sostituzione si à quando il primo chiamato non possa o non voglia accettare, e il fedecommesso quando dopo la morte di uno debba goderne un altro.

Non è poi fedecommesso quello chiamato *de residuo*, e di cui si è parlato al § 678, perchè manca il divieto dell'alienabilità, e non vi sono le cautele stabilite dal diritto romano a quel riguardo.

2. In secondo luogo è mestieri che la disposizione del testatore sia doppia, e sia fatta da lui direttamente a vantaggio del fiduciario e del fedecommissario, col passaggio de'beni in via indiretta ed obbliqua dall'uno all'altro. Onde sotto altro aspetto non può il fedecommesso confondersi col lascito dell'usufrutto ad uno e della proprietà ad un altro, perchè, sebbene le disposizioni siano doppie e dirette, pure il passaggio dei beni non è fatto in via obliqua— Verò è che talvolta con le disposizioni relative al solo usufrutto possono nascondersi dei fedecommessi, ma ciò sarà quistione di fatto, e non altera la fermezza del principio per lo quale si può lasciare l'usufrutto ad uno e la proprietà ad altri.

Nè il fedecommesso potrebbe confondersi col diritto di accrescere, perchè per questo non si verifica una doppia disposizione testamentaria, ma codesta disposizione è una sola, sebbene fatta cumulativamente a più persone, e chi gode del diritto di accrescere ne gode per la mancanza del coerede o del collegatario, non già per il tempo posteriore alla morte di costoro.

3. In terzo luogo deve il fiduciario godere de'frutti de'beni che deve restituire, altrimenti si avrà un fedecommesso improprio, cioè una disposizione fiduciaria della quale parleremo di qui a poco.

4. In quarto luogo la restituzione deve farsi al tempo della morte del fiduciario — Perciocchè se mai si tratti di altro termine che non sia quello della morte, tale termine si avrà come non apposto nelle disposizioni a titolo universale, le quali si considerano in tal caso come pure e semplici, ed avranno per converso tutto il valore nei legati, non essendo di regola per questi vietato l'ordine successivo, ma soltanto l'ordine successivo dopo la morte del legatario gravato della restituzione art. 851 ed 899. Talvolta potrebbe nascondersi un fedecommesso in un legato a termine, ma ciò sarà quistione di fatto da risolversi per ciascun caso dai Magistrati.

Non si può confondere l'obbligo della restituzione dopo la morte con la sostituzione per effetto di condizione negativa, la quale non può verificarsi se non dopo la morte dell'istituito — Così, istituitosi Tizio erede se prenda moglie, e sostituitosi Caio se Tizio invece non la prenda, Caio dovrà aspettare la morte di Tizio per vedere verificata la condizione; ma se Tizio non prendesse moglie, Caio sarebbe erede per sola forza della condizione, non già del fedecommesso.

Digitized by Google

beva il dovere della restituzione. Essendo egli solo l' erede, ne seguiva che egli solo era tenuto al pagamento dei debiti.

Codesto aggravio che pesava sul solo fiduciario produceva di fre-

---

Nè si potrebbe confondere con una sostituzione subordinata ad una condizione sospensiva, come ad es. Tizio sia mio erede se torna la nave dall'Asia, e se non torna sia mio erede Caio, perchè la disposizione è unica, e se la condizione non si verifica, Caio prende direttamente la eredità dal testatore.

E nè anche con una disposizione subordinata ad una condizione risolutiva, come ad as. se vi sia la clausola della decadenza dell'erede o legatario istituito, e il passaggio dei beni ad un altro, laddove la decadenza si verifichi, perchè la disposizione è unica, e l'erede decaduto si considera come se non fosse mai stato erede, e si ritiene che quegli in vantaggio di cui vanno i beni l avesse rieevuti dallo stesso testatore.

Rimane intanto a parlare degli odierni fedecommessi espressi, taciti, e presunti.

Il codice riconosce la nullità dei fedecommessi espressi e taciti, ma non dà facoltà di dichiarare fedecommassario un atto soltanto per presunzione. In altri termini il codice vuole che il Magistrato dichiari nulli i fedecommessi espressi e taciti, e non vuole che il Magistrato ritenga un fedecommesso e lo dichiari nullo a base di presunzioni.

Per lo che conviene bene intendere che cosa siano l'espresso, il tacito, e il presunto — L'espresso è l'atto di volontà quando questa dice nettamente ciò che vuole. Tacito è quando non lo dice nettamente, ma per mezzo di una diposizione che dà, si vede con certezza ciò che vuole ed a base del principio di contradizione — Presunto è quando l'atto di volontà non dice nettamente ciò che vuole, ma per mezzo di una disposizione che, dà si à la verosomiglianza di ciò che vuole.

Or si ha il fedecommesso espresso, quando il testatore abbia, ad esempio, nettamente detto ad alcuno, che ha istituito erede o legatario, che restituisca ad altri l'eredità, o parte di essa, o una cosa singola dopo la sua morte. Tacito è il fedecommesso, quando non si fa cenno della restituzione, ma questa riesce evidente pel principio di contradizione; e così sarebbe tacito, se il testatore avesse dichiarato di volere che l'erede morisse intestato, perchè ciò equivale a volere che i beni passino ai più prossimi congiunti, e riuscirebbe impossibile una interpretazione diversa — Presunto è il fedecommesso, quando dalle parole del testatore non si arguisce codesta impossibilità, ma può essere invece che il testatore abbia voluto qualche altro atto permesso dalla legge, come un usufrutto, una sostituzione volgare ecc; e così se il testatore avesse detto — lego il mio fondo tusculano a mio nipote da conseguirlo soltanto alla morte di mio figlio — può trarsi una doppia illazione, l'una di un fedecommesso vietato, e per lo quale il testatore lascia i beni al figlio con l'obbligo di restituirli al nipote, e l'altra di avere voluto il testatore dare l'usufrutto al figlio e la proprietà al nipote, ciò che sarebbe permesso.

Or in codesti tre esempi che si sono riportati, deve dichiararsi la nullità per i primi due, cioè, per i fedecommessi espressi e taciti, ma deve dichiararsi la validità pel terzo, perchè, dovendosi fare una presunzione a base di una verosimiglianza, deve ritenersi che il testatore abbia voluto fare piuttosto un atto che è permesso dalla legge anzichè un atto che è vietato. E ciò sempre

Digitized by Google

quente la rinuncia all' eredità fedecommessaria, poichè se mai il fiduciario avesse per poco veduto che egli si esponeva a pagamento di debiti non lievi, per percepire soltanto i frutti dell' eredità in un termine lungo tutto al più quanto la sua vita , trovava la sua convenienza ed il suo tornaconto piuttosto a rinunciare anzichè esporsi al pericolo di rifondere del proprio pel pagamento dei debiti medesimi.

La rinunzia dell' erede fiduciario menava a doppio danno gravissimo. L' uno era che non si adempiva alla volontà del testatore, perchè con la rinunzia cadeva il fedecommesso. L' altro era che il Fisco perdeva la tassa di successione, la quale era molto sensibile nelle successioni testate.

Onde, per adescare gli eredi fiduciarii, fu emanato il senato consulto Trebelliano, per lo quale venne disposto che il pagamento dei

---

quando il Magistrato non si convinca che nel terzo esempio non si tratti di fedecommesso presunto, ma di fedecommesso tacito, cioè sempre quando nella sua coscienza e per le circostanze della causa egli non vegga che vi è certezza e non verosimiglianza di fedecommesso.

Il codice per altro ha creduto in questo punto di fare una presunzione legale. Per evitare le frodi nella materia fedecommessaria ha dichiarato che quando il testatore ha la lasciato l'usufrutto od altra annualità a più persone successivamente, la disposizione ha soltanto effetto in favore dei primi chiamati a goderne alla morte dell'usufruttuario, art. 901.

In realtà ciò non è un fedecommesso, perchè ciascuno degli usufruttuarii non è obbligato a conservare e restituire al gaudente successivo, ma invece a restituire all'erede, dal quale il secondo chiamato nell'usufrutto dovrebbe chiederlo, essendo l'usufrutto una servitù personale—Ma ognuno vede che potrebbe con una somigliante disposizione farsi facilmente frode alla legge. Per altro è sempre necessario, per esservi tale fedecommesso presunto, che il secondo chiamato debba avere l'usufrutto dopo la morte del primo, altrimenti sarebbero vietati i legati di usufrutto a termine, i quali sono permessi. Il .codice però fa eccezione pel caso in cui l'annualità debba convertirsi in perpetuo o a tempo in soccorso all'indigenza, in premio alla virtù o al merito od in alrri oggetti di pubblica utilità quantuque nella disposizione siano chiamate persone di una data qualità o di determinate famiglie, art. 902. La ragione è che la natura dello scopo a cui le annualità sono lasciate esclude ogni idea di frode contro la legge proibitiva dei fedecommessi — D'altra parte torna utile alla societa di lasciare aperta la via a tali largizioni che incoraggiano l'emulazione al ben fare.

Pei fedecommessi precedenti alla pubblicazione del codice civile, ed ordinati secondo le leggi anteriori, è stabilito che restano sciolti dal giorno dell'attuazione del codice medesimo, e che la proprietà dei beni è attribuita per metà al possessore e per l'altra metà al primo o ai primi chiamati nati o concepit al detto giorno, salvo l'usufrutto al possessore, art. 24 dispos. trans. del codice civile.

Digitized by Google

debiti dovesse farsi *pro rata* tra il fiduciario e il fedecommessario; cosicchè se il fiduciario avesse dovuto restituire tutti i beni al fedecommessario, questi pagava tutt'i debiti, se ne avesse dovuto restituire parte, questi pagava i debiti proporzionatamente alla parte ricevuta.

Ma tale senatoconsulto non apportò quel rimedio che ne ne aspettava, perchè gli eredi fiduciarii seguitavano a rinunciare, allora che il fedecommesso si fosse fatto per tutti i beni. L'uomo è tale che quando non trova il suo interesse e il suo tornaconto difficilmente fa bene ad altri, ed anzi per sentimento di emulazione l'uomo si priva talvolta di un lieve bene se per questo altri venga a percepirne grande profitto. — Per lo che, se il fiduciario avesse dovuto restituire subito l'eredità, egli veniva a percepirne niente, e se avesse dovuto restituirla a capo di un tempo, anche lungo quanto la sua vita, egli veniva a percepire poco, e mal vedeva il passaggio dei beni nelle mani del fedecommessario — Onde seguitavano le rinunzie che menavano alla caduta de' fedecommessi ed al danno della finanza dello Stato per la mancanza di tassa.

Fu pubblicato perciò l' altro senatoconsulto Pegasiano, il cui intento fu di mettere alle strette il fiduciario e combinare il suo interesse con quello del fedecommissario; e venne disposto:

1. Che se il fiduciario non era stato incaricato di restituire più di tre quarte parti della eredità, si applicava il Senato Consulto Trebelliano, perchè non aveva luogo alcuna ritenuta — Se per contrario era stato incaricato di restituire più di tre quarte parti, avea vigore il senato Consulto Pegasiano per lo quale il fiduciario potea ritenere la quarta parte.

2. Che ritenendo il fiduciario la quarta parte, egli come erede era esposto alle azioni de' creditori della eredità e de' legatarii, ma si guarentiva stipulando col fedecommessario il pagamento parziale de' debiti ereditarii e de' legati in proporzione della rata che questi riceveva. Vale a dire il fiduciario doveva pagare, ma per la parte spettante al fedecommessario avea il regresso contro di lui a base di quella stipulazione.

3. Che non volendo il fiduciario ritenere la quarta parte e restituendo volontariamente tutta l' eredità al fedecommessario, tale fatto non cambiava il diritto, tutte le azioni continuavano ad essere rivolte contro del fiduciario, il quale dovea guarentirsi stipulando il regresso col fedecommessario.

4. Che se invece il fiduciario ricusava di accettare l'eredità per sospetto che questa gli potesse riuscire dannosa, egli dovea ciò non ostante sempre accettare se il Pretore glie ne facesse comando, ma

Digitized by Google

nel tempo stesso le azioni erano dal Pretore trasferite a colui al qnale l' eredità si restituiva.

Dopo codesti due Senato Consulti, il fiduciario seguitò sempre ad aver la veste di erede, ma si tenne in luogo di erede (*loco heredis*) anche il fedecommessario, perchè questi pel Trebelliano dovea pagare i debiti, e pel Pegasiano poteva prendere fino a tre quarte parti della eredità e doveva pagare i debiti in proporzione, a base delle stipulazioni che assicuravano al fiduciario il regresso contro il fedecommessario medesimo. E poichè il fedecommesso poteva farsi anche nelle successioni intestate, come abbiamo innanzi veduto, quei due Senato consulti furono anche estesi alla successione intestata, per la quale si fosse dal testatore disposto con codicilli un fedecommesso.

Giustiniano, che tante innovazioni fece nella materia successoria, innovò anche questo punto, fuse i due fedecommessi e li unificò, e diede ad essi il nome solo di Trebelliano, e scelse questo nome a preferenza del Pegasiano, non ostante che il Pegasiano fosse stato secondo in ordine di data, perchè quell' Imperatore prediligeva la setta dei Sabiniani rimpetto a quella dei Proculeiani, e il Giureconsulto Pegaso, il quale propose il secondo senato consulto che da lui prese il nome, era della scuola dei Proculeiani.

Ma la unificazione dei due senatoconsulti, fatta da Giustiniano, non fu diretta soltanto a riunire le due leggi ed a cambiarne il nome, ma invece a meglio coordinarne la sostanza e a meglio stabilire i diritti del fiduciario e del fedecommissario. Per lo che egli stabilì.

1. Che il fiduciario avesse sempre ed in tutti i casi il diritto alla detrazione della quarta parte de' beni.

2. Che così i debiti come i legati doveano pagarsi dal fiduciario e dal fedecommissario in proporzione della rata spettante a ciascuno, senza che per questo punto fosse stata necessaria alcuna stipulazione fra loro. E Giustiniano così fece perchè l' obbligo dato col senatoconsulto Pegasiano pel pagamennto dei debiti al solo fiduciario, con facoltà a costui di stipulare col fedecommissario di accollarsene una parte in proporzione dei beni che questi riceveva, menava ad inconvenienti gravi. I creditori dovevano rivolgersi soltanto contro il fiduciario, il quale aveva poi azione di regresso contro il fedecommissario, e se questi si fosse trovato povero al tempo di tale azione, il fiduciario rifondeva del suo — Col novello sistema Giustinianeo i debiti venivano a detrarsi dall' eredità prima che le quote si fossero divise tra quei due, e con ciò si veniva ad evitare ogni inconveniente, ed ogni giro vizioso di stipulazioni e di azione di regresso.

Digitized by Google

3. Che il solo fiduciario detraeva la quarta parte, non già il fedecommissario, anche quando questi fosse stato fiduciario a sua volta per restituzione che gli si fosse imposta di fare ad altri — Si fece eccezione pel caso in cui il fiduciario non avesse voluto o potuto detrarre la quarta, nella quale ipotesi potea detrarla il fedecommissario che fosse stato anche egli fiduciario per restituzione che avesse dovuto fare a mani terze, per la ragione che il fedecommissario prendeva in tal caso il luogo del primo fiduciario.

Come si vede, due furono i punti più importanti fermati con quei due senatoconsulti Trebelliano e Pegasiano, e con le consecutive innovazioni di Giustiniano, cioè, il pagamento dei debiti e dei legati, e l' assicurazione della quarta parte dei beni al fiduciario.

Quanto al pagamento dei debiti e dei legati non abbiamo altro a dire, avendoci, per le cose esposte, già formato il concetto che il fiduciario e il fedecommissario vennero per quel pagamento considerati come fossero due eredi in parti disuguali.

Relativamente al secondo punto, cioè, all' assicurazione della quarta parte dei beni in pro del fiduciario dobbiamo fare tre avvertenze.

La prima è che, essendosi la detrazione della quarta nei fedecommessi istituita ad esempio della quarta Falcidia nei legati, i Giureconsulti chiamarono quarta Falcidia così l'una come l'altra, ma nei secoli posteriori per distinguere l'una dall'altra fu chiamata la prima detrazione Trebellianica o quarta Trebellianica, e la seconda detrazione Falcidia o quarta Falcidia.

La seconda avvertenza è che la detrazione della quarta parte dei beni nei fedecommessi aveva luogo nei soli fedecommessi universali, e non già nei fedecommessi singolari; cioè la detrazione si faceva soltanto a vantaggio del fiduciario erede universale, e non del fiduciario di singola cosa, ed a scapito del fedecommissario universale, non del fedecommissario singolare. La ragione era che i fedecommessi singolari furono all' intutto uguagliati ai legati, ed era interessante trovare i mezzi per sostenere la istituzione d'erede, non già i legati, mentre i Romani attaccavano alla nomina dell' erede e non a quella del legatario molta importanza, al segno che si riteneva come un disdoro morire senza eredi, come innanzi abbiamo detto più volte.

La terza avvertenza è che essendosi la detrazione Trebellianica istituita a somiglianza della Falcidia nei legati, finiva presso a poco negli stessi modi coi quali la Falcidia aveva termine, cioè; 1 se il fiduciario avesse avuto beni che comprendevano la quarta parte del-

Digitized by Google

l' eredità perchè la detrazione mancava di oggetto — 2. se il fiduciario fosse stato costretto ad adire l' eredità, perchè era conveniente dargli una pena per il suo rifiuto — 3. se il fiduciario avesse mancato di fare l' inventario, perchè senza l' inventario non potea conoscersi l' ammontare della eredità, e riusciva impossibile la detrazione — 4. se il fiduciario avesse restituito l' eredità per errore di diritto, perchè l'errore di diritto non scusa — 5. se si fosse trattato di fedecommessi fatti da' militari, perchè questi avevano privilegio per riguardo alle solennità ordinarie e comuni — 6. se il testatore avesse proibito la detrazione, per le ragioni che intorno a questo punto abbiamo esposte nella legge Falcidia (1).

(1) Il codice civile non riconosce menomamente la teoria derivante dai senatoconsulti Trebelliano e Pegasiano, ma bisogna intenderne la ragione. La restituzione del fedecommesso deve farsi o al tempo della morte del fiduciario o prima della morte di lui e a tempo più breve. Se la restituzione oggi debba farsi dopo la morte del fiduciario, si ha un fedecommesso vietato, così nelle istituzioni di erede come nei legati art. 899. Se la restituzione debba farsi ad altro tempo più breve, il termine si ha come non apposto alla istituzione di erede, ossia, si ha come non apposto l' obbligo della restituzione quando si tratti di disposizioni a titolo universale, ed invece il termine ha valore nei legati, art. 851 — Ne abbiamo già detto le ragioni al § 317. Laonde oggi è regola che la istituzione di erede non ammette termine, qualunque esso sia, e che i legati ammettono il termine, purchè non sia quello posteriore alla morte del legatario.

Or i due punti precipui per riguardo ai senatoconsulti Trebelliano e Pegasiano consistevano — 1. nella detrazione della quarta parte dei beni in favore del solo fiduciario erede universale — 2. nel pagamento dei debiti e dei legati da farsi pro rata tra il fiduciario e il fedecommissario.

Non regge oggi il primo punto, perchè non si ammette istituzione di erede a termine qualunque esso sia, e non ammettendosi termine è impossibile parlare di detrazione a vantaggio di quello che prima gode i beni — Oggi nelle istituzioni di erede i beni sono goduti da un solo, cioè, dal primo chiamato, anche quando la restituzione si fosse imposta dal testatore non per il tempo della morte, ma per un tempo più breve.

Non regge il secondo punto relativo al pagamento dei debiti e dei legati da farsi *pro rata* tra il fiduciario e il fedecommissario, sia che l' erede istituito dovesse restituire l'intera eredità, sia che il legatario nominato dovesse restituire i beni avuti. Di vero se l'erede fosse obbligato dal testatore a restituire l'intera eredità ad altri, tale obbligo non avrebbe valore art. 851 e 899, onde i debiti e i legati dovrebbero pagarsi da lui solo. Se il legatario dovesse restituire i beni ad altri al tempo della morte, tale restituzione sarebbe vietata, ed egli dovrebbe pagare quei debiti e quei legati di cui fosse stato gravato dal testatore art. 899. Quando poi il legatario fosse obbligato a restituire la cosa ad altri a tempo più breve e che non sia quello di sua morte, l' obbligo reggerebbe, art. 851, ma se il testatore ha accollato a lui solo qualche peso o qualche debito, egli solo deve soddisfarlo, e nel silenzio del testatore non potrebbe esservi te-

Digitized by Google

§ 681. Rimane a parlare dei fedecommessi singolari.

Questi furono da Giustiniano all' intutto uguagliati ai legati, cosichè non vi fu più differenza tra i legati e i fedecommessi, nè in quanto alla capacità di disporli, nè in quanto alla capacità di riceverli, nè per l' oggetto; onde valga qui per ripetuto tutto ciò che si è detto a proposito de' legati.

V' era però una differenza di forma ed una differenza di sostanza — La differenza di forma era che i legati dovevano farsi alla presenza di cinque testimoni almeno, mentre i fedecommessi potevano farsi fuori la presenza di alcuno ed oralmente dal testatore all' erede, siccome abbiamo già detto al § 679.

La differenza di sostanza era che nei fedecommessi doveva trovarsi l' obbigo della restituzione, ciò che non era per i legati, come si è detto al § 627 (1).

Appendice relativa alle disposizioni fiduciarie

§ 682. Coi fedecommessi hanno molta affinità, ma ne sono intrinsecamente distinte le disposizioni fiduciarie.

Conviene esaminare con qualche cura in che queste consistano.

Per Diritto Romano, esse erano se non sconosciute affatto, cennate appena e per principio. Furono i prammatici che diedero poi un esteso sviluppo alle fiducie, le quali ebbero quindi a subire varia vicenda nelle codificazioni posteriori de' diversi Stati.

L' erede fiduciario di regola fa suoi i frutti nei fedecommessi fino al momento in cui deve restituire — Ma a tale regola si faceva per Diritto Romano eccezione quando diversa fosse stata la volontà espressa o tacita del testatore, il quale avesse voluto invece che il fiduciario restituisse i frutti al fedecommessario.

In tal caso il fiduciario non era nè più nè meno di un ammini-

---

nuto colui al quale si fa la restituzione. Nè la rinunzia che oggi facesse il legatario a termine (sempre quando non sia quello della morte) priverebbe del legato l' altro legatario che dovesse avere i beni dopo scaduto il termine finale assegnato al primo.

(1) Bisogna pur convenire che i fedecommessi singolari oggi sono dal codice riconosciuti, purchè la restituzione non debba farsi dopo la morte del legatario primo chiamato, o non si tratti di usufrutto od altra annualità lasciati successivamente a più persone l' una dopo la morte dell' altra.

Il fedecommesso singolare con l' obbligo della restituzione dopo la morte del fiduciario è vietato nell' art. 899, ma il fedecommesso singolare con l' obbligo della restituzione a termine che non sia quello della morte del gravato, e che non versi sull' usufrutto od altra annualità da darsi successivamente a più persone l' una dopo la morte dell' altra, é ammesso, art. 851.

Digitized by Google

stratore (*minister*, come dicesi nel Fr. 17 *de legatis*, 31 1). Così, se alcuno avesse voluto istituire erede un impubere, ed avesse temuto che durante l' impubertà si fosse potuto insidiarlo nella vita dagli eredi legittimi, ovvero avesse temuto dissipazioni da parte del tutore, poteva istituire erede un altro col peso di restituire la eredità e i frutti all' impubere designato , non appena fosse divenuto pubere. Allora, secondo i Giureconsulti, si aveva un fedecommesso improprio , perchè vi era l' obbligo della conservazione e della restituzione , ma senza il godimento dei frutti. Fr. 3, § 3, *de usuris* 22, 1; Fr. 46, e 78 *ad Senatus Consultum Trebellianum* 37, 1; Fr. 17 *de legatis*, 31, 1.

Il Diritto Romano non andò oltre.

Ma i prammatici, e le consuetudini delle Curie d' Italia estesero di molto tale teoria, e giunsero a formarne un istituto che si assomiglia al fedecommesso improprio dei Romani, ma che ne è diverso.

E l' istituto venne chiamato *fiducia* ovvero *disposizione fiduciaria*.

Questa consisteva nella istituzione puramente nominale e *pro forma*, di uno il quale mentre figurava come erede o come legatario, tale non era, perchè dovea adempiere la intenzione manifestatagli dal testatore di volere realmente gratificare altra persona, d' ordinario dopo qualche tratto di tempo, o verificandosi qualche circostanza — Così ad esempio , un distinto signore ha tresca illecita con qualcuna di vile condizione , che vorrebbe torsi per moglie o almeno lasciare agiata, ma il matrimonio ed ogni altra liberalità sono avversati dalla sua nobile e vecchia madre. Crede egli di poter provvedere a tutto dopo la morte di costei, ma invece la morte colpisce lui stesso, e quando fa il suo testamento per non addolorar la madre e raggiungere il suo intento, istituisce erede suo fratello dichiarando che questi conosce le sue intenzioni, ed a voce intanto gli dice che se la madre premuore a quella donna , dia a costei tutti i suoi beni , o parte di essi, o qualche cosa singola.

Chi credea di essere il vero erede o legatario , potea intentare una lite contro l' erede nominato nel testamento , ricorrere a' detti de' testimoni per provare una disposizione di ultima volontà, ed obbligare l' erede apparente a prestare un giuramento — Tale azione però non potea rivolgersi contro qualunque erede, ma contro quel solo per lo quale esistesse un germe di prova nel testamento, come quando vi si trovasse scritto che l' erede istituito sapeva quale uso dovesse fare de' beni , ovvero quali erano le sue intenzioni , e simili.

Le disposizioni fiduciarie menavano, come ogni altro umano isti-

Digitized by Google

tuto, a conseguenze da una parte dannose, e d' altra parte utili.

I danni che principalmente si segnalavano erano i seguenti:

1. Mentre per la trasmessione delle eredità ed anche pe'legati si richiese, dopo la istituzione de' Notari, un testamento, pubblico, segreto, od olografo, le cui forme sono così severe, e mentre si richiese dalla legge la indicazione certa della persona dell' erede o del legatario; per le disposizioni fiduciarie tutto viene abbandonato alla fede di un sol testimone, senza che si possa mai avere una certezza positiva intorno alla volontà del testatore. Dopo la morte di costui, la volontà del defunto non è conosciuta da altri che dal solo fiduciario, il quale può fare una dichiarazione a suo arbitrio, ed anche ometterla, o spergiurare.

2. Le fiducie lasciano in sospeso la trasmissione de' beni, e presentano il mezzo di far frode a creditori ed a' successibili.

3. Il fiduciario può tacere per lungo tempo la volontà del testatore, contrarre frattanto debiti ed assicurarli su' beni pervenutigli, e poi far la dichiarazione che la eredità non spetta a lui ma a quello designato a voce dal testatore, e ciò mena ad un grave perturbamento del credito.

4. Nelle istituzioni fiduciarie si à un erede che lo è, e non lo è, e si apre una larga via alle frodi — L' erede nominato non essendo quello voluto dal testatore, e l' indicazione dell' altro erede rimanendo commessa alla volontà ed alla fede del primo, miglior consiglio è di non ammettere nella Legge un somigliante istituto — I testatori, essendone diffidati dalla Legge stessa, si varranno di altri mezzi che non presentino tanti inconvenienti.

5. Le fiducie son sovente un mezzo di cui si valgono i testatori per far passare i beni a persone che sono incapaci di ricevere per testamento.

6. Certo è che le disposizioni fiduciarie sono sempre state fonte perenne di liti intrigate, ed anche scandalose.

Le utilità che, per converso, venivano avvertite, erano queste.

1. La base della successione testata è la libertà del testatore. La Legge non può vietare al testatore di dire a voce all' erede, che nomina nel testamento, quale uso debba fare de' beni — L'erede in tal caso avrà una obbligazione naturale di eseguire la volontà del defunto, e la Legge non può prosciogliere alcuno dall' adempimento che dia a cosiffatte obbligazioni, nè con una sanzione di nullità è lecito d' incoraggiare all' inadempimento.

2. L'indicazione del vero erede o del vero legatario non dipende dalla volontà di un terzo, qual' è il fiduciario, ma invece dalla fede di un terzo e dalla volontà diretta del testatore, sebbene questi non

Digitized by Google

ne abbia nel testamento palesato il nome — Onde la istituzione armonizza co' principii di diritto comune per la istituzione di erede.

3. Abolendo le istituzioni fiduciarie, si viene a favorire ed a proteggere la mala fede di colui al quale si affidò il testatore, dapoichè, fatto sicuro l'erede fiduciario di non potere essere ricercato nè molestato da alcuno, potrà tradire la confidenza del defunto, e tenere per se quelle sostanze delle quali dovea soltanto essere mero depositario e distributore.

4. Quantunque vi sia un solo testimone, egli merita tutta la fede, perchè fa una dichiarazione contraria al suo interesse, ed anche perchè il testatore ha confidato in lui.

5. Non può d'ordinario accadere che i terzi restino frodati con debiti di cui il fiduciario aggravasse i beni prima di rivelare il nome del vero erede, perchè i crediti dei terzi resterebbero fermi verso il fiduciario, e per quelli assicurati sulle sostanze del defunto sarebbe salvo al vero erede di rivolgersi contro il fiduciario medesimo — D'altronde i creditori sono fatti accorti dalle parole del testamento, che questo contiene una fiducia, ed è loro colpa se avventurono i loro danari.

6. Se le fiducie nascondessero frode alla legge, per far giungere beni a persone incapaci di ricevere per testamento, vi è il mezzo di smascherare tali frodi, offrendone le prove.

Fattesi le codificazioni ora vigenti nei diversi Stati, alcuni di questi credettero di trovare più danno che utile nelle disposizioni fiduciarie, e le abolirono; altri invece credettero vedervi più utile che danno, e le ritennero; altri finalmente cercarono di scemare i danni sagrificando qualche parte di utile (1).

(1) Il codice civile si è attenuto a quest' ultimo sistema. Non ha voluto all'intutto mantenere le antiche fiducie, nè ha voluto totalmente abolirle.

Il codice dichiara valida la istituzione fiduciaria tosto che sia stata spontaneamente rivelata dall' erede fiduciario, ma vieta di domandare la pruova della fiducia, e adopera i mezzi opportuni affinchè tale divieto non divenga un mezzo di frodare la legge, vantaggiando coloro che sono incapaci di ricevere per testamento — L'articolo 829 è così concepito — « Non è ammessa alcuna prova che le disposizioni fatte in favore di persona dichiarata nel testamento « siano soltanto apparenti, e che realmente riguardino altra persona, non ostante « qualunque espressione del testamento che la indicasse o potesse farla presumere. Ciò non si applica al caso che l'instituzione od il legato vengano impugnati come fatti per interposta persona a favore d'incapaci ».

Come si vede, è riconosciuta la validità della fiducia, ma non ne è ammessa la prova. Cioè diverrà erede o legatario colui che per tale è stato spontaneamente designato dal fiduciario, ma chi crede di essere il vero erede o il vero legatario non è ammesso a spingere azione contro il fiduciario per farsi dichiarare tale. È bensì ammessa la prova della fiducia, quando si voglia far frode alla

Digitized by Google

legge, cioè, nel caso che la istituzione o il legato vengano impugnati come fatti per interposta persona a favore d' incapaci.

Il nostro codice civile non ha, come il codice francese, abolite ed invalidate le fiducie, perchè non è conforme ai precetti di morale il diniego di efficacia alla dichiarazione spontanea di un erede fiduciario, il quale contrariamente ai suoi interessi riveli ciò che il testatore voleva, ne la morale consente che si cancelli l' obbligazione naturale derivante dalla promessa che l' erede fiduciario ha fatto al testatore di eseguire la sua volontà. La ragione che ha mosso il nostro legislatore è evidente. Non ha voluto concedere al terzo l' azione per far dichiarare la fiducia (come facevano le antiche leggi surte per consuetudine e per la scuola dei mezzi tempi) principalmente perchè ciò avrebbe dato luogo a liti animate, numerose ed anche scandalose; ma ha dato facoltà della prova, quando la fiducia siasi dal testatore fatta per interposta persona a favore d' incapaci, perchè si deve avere il mezzo di smascherare la frode.

Per lo che la libertà di disporre per testamento è oggi estesa fino al segno di poter coprire con un nome apparente di erede quelli alla cui fiducia il testatore lasciò di trasmettere i beni al vero erede che prescelse, e la istituzione fiduciaria fu mantenuta nel senso che debba spiegare il suo effetto a pro di quello a cui favore fu fatta, il quale di conseguenza diventa vero erede tostochè il fiduciario lo abbia rivelato — Ma finchè il fiduciario spontaneamente non faccia la sua rivelazione, l' eredità non è punto vacante, e l' erede è il fiduciario il cui nome solo è scritto nel testamento, il quale fiduciario se ha un obbligo di coscienza di mettere altri in sua vece ha la qualità giuridica di erede, finchè non se ne d)svesta.

Ciò è coerente ai principi di diritto, perchè se l' erede è rivelato dal fiduciario, si ha la pruova di un erede nominato dallo stesso testatore, senza che la nomina dipenda dall' arbitrio di un terzo, mentre il fiduciario non è più che rivelatore della volontà diretta del defunto, e senza che la nomina dell' erede si desuma per interpetrazione, perchè mediante quella rivelazione si ha la nomina dal testatore fatta.

Digitized by Google

CODICILLI

§ 683. *Codex* significa tronco di albero, e perchè sulle tavole di esso gli antichi con uno stilo scrivevano le Leggi, così venne adoperandosi quella parola in senso traslato per legge, e la si venne anche adoperando per testamento, essendo questo considerato come una legge che il testatore detta pe' suoi beni.

Col tratto di tempo gli antichi presero a scrivere sulle cortecce degli alberi, dopo averle incerate, onde la parola *liber*, che dava il senso di cortecce che raccoglievano lo scritto, e che riunite formavano un volume chiamato libro.

Tanto lo scritto sulle tavole ricavate dal tronco di albero, quanto lo scritto sulle cortecce incerate si dissero anche *tabulae* per significare e la legge e il testamento, onde la famosa *lex XII tabularum*, e il Titolo del Digesto de *tabulis exhibendis*.

Se *Codice* in senso traslato significava legge ed anche testamento, *codicillo* significava una piccola legge che il testatore faceva al suo erede, cioè un qualche obbligo che veniva ad imporgli.

Talvolta i Romani dopo fatto il loro testamento ed istituito il proprio erede, lo pregavano di una qualche cosa per beneficare taluno, e perchè l'erede ne avesse memoria, ne facevano a lui qualche lettera, onde codeste ulteriori disposizioni del testatore sono anche chiamate in Diritto Romano *epistolae*.

Codicilli od *epistolae* che si dicano, hanno entrambi significato di una preghiera del testatore all' erede per qualche peso che vuole addossargli a vantaggio altrui.

Ma come per i fedecommessi, così anche per i codicilli l'erede non aveva alcun dovere di osservare la volontà del defunto, onde accadeva che gli eredi sovente tradivano la fiducia in essi riposta dal testatore.

Augusto non solo diè forza obbligatoria ai fedecommessi, ma la diè ancora ai codicilli. Pr. Inst. Tit. *de codicillis* 2, 25, e da quel tempo surse l' istituto dei codicilli che fu di non lieve importanza nel sistema successorio.

La definizione che se ne dà è — *minus solemnis testatorum intestatorumve voluntas* — cioè una disposizione fatta dal testatore in modo meno solenne e per riguardo alle solennità esterne e per riguardo alle interne.

In quanto alle solennità esterne i codicilli potevano essere scritti

Digitized by Google

o nuncupativi, cioè, a voce, ma sempre si richiedeva la unità dell'atto, e la presenza di cinque testimoni. Inst. § ult. Tit. *de codicillis* 2, 25; L. 2, ult. Cod. *eodem*; L. 13, Cod. de *sacrosanctis ecclesiis* 1, 2; Fr. 20, § 6, *qui testamenta facere possunt* 28, 1.

Relativamente poi alle solennità interne erano stabiliti i seguenti canoni:

1. Coi codicilll non si poteva fare la istituzione di erede, la quale era riservata ai soli testamenti, ma si potevano fare legati, fedecommessi, e donazioni *mortis causa*. Inst. § 2, Tit. *de codicillis* 2, 25; Fr. 6, pr. e fr. 10 *de jure codicillorum* 29, 7; L. 2. Cod. *de codicillis* 6, 36.

D' altro canto il testamento non aveva valore senza la istituzione di erede, secondochè abbiamo detto al § 588.

Da ciò seguiva che coi codicilli non poteva rivocarsi la istituzione di erede, ma si potevano rivocare i legati, i fedecommessi e le donazioni *mortis causa*. Fr. 27, § 1. *de conditionibus institutionum* 28, 7; Inst. § 2, Tit. de *codicillis* 2, 25.

2. Il secondo canone era che per i codicilli non erano applicabili i due principii eardinali nella teoria dell'istituzione di erede—*nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere—nemo potest cum duobus pluribusve testamentis decedere*—di cui abbiamo parlato in più punti e specialmente nel § 557 e seg. I codicilli invece potevano andare uniti colla successione intestata, cosicchè il testatore poteva imporre dei legati al suo erede legittimo. Inst. § 1, Tit. *de codicillis* 2, 25. Nè per i codicilli valeva la regola propria dei testamenti, cioè, che il testamento posteriore rivocasse il primiero, ma invece tutti i codicilli restavano fermi, purchè fossero stati compatibili tra loro. Inst. § 3, Tit. *de codicillis* 2, 25; Fr. 6, § 1, *de jure codicillorum* 29, 7; L. 3. Cod. *de codicillis* 6, 36.

Soltanto se alcuno avesse fatto testamento, ed avesse eziandio fatto dei codicilli o prima o dopo il testamento medesimo, sia che in questo avesse ricordato, sia che non vi avesse ricordato i codicilli stessi, cosiffatti codicilli nel caso di eredità testata si chiamavano *codicilli testamento confirmati*, e seguivano la sorte della successione testata: di modo che cadendo il testamento, venivano eziandio a cadere tutti i codicilli fatti dal testatore. Fr. 3, § ult. *de jure codicillorum* 29, 7. I codicilli invece fatti da chi moriva intestato si sostenevano per propria forza, e non cadevano se non per rivocazione espressa o tacita del testatore. Fr. 3, pr. e § 2; fr. 8, pr. e § 1, *ibidem*.

3. Il terzo canone è che coi codicilli il testatore poteva esaurire tutta la sostanza che lasciava, e farne altrettanti legati, fedecommessi, e donazioni *mortis causa*, ma in tale ipotesi se si tratta-

Digitized by Google

va di legati, l'erede, testamentario o legittimo che fosse, aveva diritto alla quarta Falcidia, e se si trattava di fedecommessi aveva diritto alla quarta Trebellianica, secondo che abbiamo detto parlando della legge Falcidia e dei fedecommessi.

4. Il quarto canone consisteva nella clausola codicillare. Poteva il testatore dichiarare nel suo testamento che se mai questo non potesse per qualche vizio avere forza come testamento, l'avesse avuta come codicillo. Fr. 41, § 3, *de vulgari et pupillari substitutione* 28, 6; fr. 3, in fine *de testamento militis* 29, 1.

In tale ipotesi l'effetto era che la istituzione fatta valeva come fedecommesso, vale a dire, l'erede legittimo raccoglieva l'eredità, e dopo detratta la quarta Trebellianica, aveva l'obbligo di restituire immediatamente i beni rimanenti all'erede istituito col testamento. Fr. 29, § 1, *qui testamenta facere possunt* 28, 1.

Anzi i Prammatici, muovendo dal principio di doversi presumere che il testatore voglia la validità e non la caducità del testamento, credettero che la clausola codicillare dovesse ritenersi sempre come sottintesa quando il testatore non ve l'avesse apposta (1).

---

(1) Oggi, tolta la necessità della istituzione di erede per la validità del testamento (vedi nota al § 558); potendo concorrere l'erede testamentario e legittimo in una medesima eredità (vedi nota al § 557); abolita la quarta Falcidia (vedi nota al § 679); aboliti i fedecommessi (vedi nota al § 677), non v'era più ragione a mantenere nel codice l'istituto de'codicilli.

Questo istituto era principalmente diretto a temperare il rigore del diritto, che dava tanta importanza alla istituzione di erede; a facilitare il testatore inceppato in tante solennità interne ed esterne; e a semplificare ed umanare la durezza legislativa primiera.

Mancata la importanza nella istituzione di erede, ridotte le solennità esterne ed interne ed avutosi per le successioni un sistema più armonico e più semplice, lo si è potuto purificare da tutto ciò che veniva a renderlo torbido ed involuto.

Per altro, in quanto alla clausola codicillare si trova un qualche riscontro nel capoverso dell'art. 804, il quale dispone che se un testamento segreto ricevuto da notaio o da altro pubblico uffiziale autorizzato a riceverlo, non potesse valere come tale, varrà come testamento olografo, qualora ne abbia i requisiti — Il principio che anima codesta disposizione di legge nel fondo è anche oggi la presunzione che il legislatore voglia che l'atto *aliquo modo valeat, non ut plane sit irritus*, ma il Legislatore raggiunge lo scopo mantenendo direttamente in vigore il testamento, senza dar luogo ad altra presunzione più arrischiata qual'era quella di aver voluto il testatore fare un fedecommesso, che d'altro canto è stato abolito.

Digitized by Google

SUCCESSIONI INTESTATE

§ 684. Nelle idee preliminari del diritto di eredità ai §§ 550 e seguenti, abbiamo già cennato che due sole sono le specie di successioni, cioè la successione testata e la intestata e che non si ammette la successione contrattuale. Onde la eredità è testamentaria, o legittima, altrimenti detta *ab intestato*, secondochè venga deferita a base del testamento, ovvero, per mancanza o inefficacia di esso, dalla legge, e per conseguenza l' erede è testamentario o legittimo.

Abbiamo veduto inoltre in quei medesimi § che la eredità, testamentaria o legittima che sia, deriva dal diritto naturale e dal diritto civile insieme, e ne abbiamo largamente esposte le ragioni.

La differenza fra la successione testata e la intestata è semplice e netta. L' una è espressa perchè il testatore ha parlato : l' altra è presunta perchè è disposta dalla legge, presumendo la volontà del defunto, il quale ha taciuto.

L' una è soltanto moderata e regolata dalla legge; l' altra è dalla legge direttamente disposta.

Del rimanente la successione intestata ha luogo in tre casi— 1. — Quando manchi in tutta la successione testata, perciocchè per forza del principio—*nemo potest pro parte testatus pro parte intestatus, decedere*— se mai il testatore avesse disposto anche di parte della sua sostanza non avea luogo la successione intestata e l'istituito si prendeva tutto, come si è dimostrato ai § 551 e 557 — 2.— Quando tutti gli eredi testamentarii non possano o non vogliano accettare l' eredità, perchè se mai avesse accettato alcuno, vi era luogo per forza della massima medesima al diritto di accrescere nella eredità, come abbiamo detto al § 600 — 3. — Quando il testamento è nullo perchè allora svanisce la successione testata e si va alla intestata, come abbiamo esposto al § 614 (1)

A proceder con ordine nella esposizione della successione intestata, conviene intrattenerci prima e brevemente sulle fasi prece-

---

(1) Per Codice Civile, in quanto al primo caso la regola Romana non regge, poichè oggi si va alla successione intestata non solo quando manchi il testamento, ma ancora nel caso in cui il testatore non abbia disposto dell' intero suo patrimonio. Se egli dispone oggi soltanto di parte della sua sostanza, l'altra parte va agli eredi legittimi, art. ed arg. art. 720, 759 e 760 — Il secondo caso nè anche ha riscontro perchè se alcuno degli eredi oggi non voglia o non possa accettare l' eredità, non vi è necessariamente luogo al diritto di accrescere, diritto che si ammette soltanto allora che si riscontrino gli estremi voluti dalla legge, art. ed arg. art. 759, 760, 869 ed 884. Pel terzo caso la teoria è uniforme, art. 720.

Digitized by Google

denti alle novelle 118 e 127 di Giustiniano, e passar poi al sistema inaugurato da questo Imperatore.

FASI PRECEDENTI ALLE NOVELLE 118 e 127 DI GIUSTINIANO

§ 685. Per intenderle bisogna tornare col pensiero a quanto si è detto innanzi a proposito della famiglia romana ne' § 93 e 96.

Qui giova ritoccar l' idea per accostarla al sistema successorio.

Come abbiamo detto più volte, e specialmente a proposito della patria potestà nei § 194 e seguenti, i Romani, conquistatori per eccellenza, avevan genio per la forza, e seppero trarre la forza dello Stato dalla forza della famiglia, che a tale uopo modellarono ad una rigorosa costituzione politica. Essi consideravano la discendenza come una corporazione (*universitas*) sotto il comando del padre e cercavano, per finzione di dritto, di mantenere la esistenza di tale corporazione anche dopo che il padre era morto. Perlocchè quelli che sarebbero stati sotto la potestà del ceppo comune se questi fosse ancor vivente, chiamavansi *agnati* quasi fossero *una, communiterve-nati* — Dagli agnati si distinguevano i *sui*, cioè i figli che si trovavano immediatamente sotto la potestà paterna, senz' altra persona intermedia, e che divenivano *sui juris* quando quella potestà cessava: diceansi *sui* non già pel loro rapporto col defunto, ma perchè divenivano in certo modo eredi di se stessi, quasichè fossero comproprietarii de' beni come *heri minores*.

Codesta era la parentela civile, la quale veniva ad esser costituita da maschi, perchè le figlie se si maritavano con la forma civile della *conventio in manum* facevano parte della famiglia civile in cui entravano, e si scioglieva il ligame agnatizio con la famiglia in cui erano nate — Se poi si maritavano senza quella forma, mancava la solennità civile per disciogliersi da quel ligame, ed esse restavano sotto la stessa patria potestà da cui erano governate prima di maritarsi — Le figlie non maritate poi seguivano la medesima sorte di quelle maritate senza la *conventio in manum*, perchè il ligame civile restava intatto.

Sempre la parola *agnazione* à significato parentela *per masculos*, e in tale senso quella parola si adopera anche oggi. E in realtà se le figlie femmine si maritano, non han più che fare con la famiglia d' onde sono uscite, tutto per loro essendo concentrato nella famiglia dove entrano e nella quale mantengono la discendenza e la posterità: se poi non si maritano muojono sterili. E sempre in ciascuna famiglia si resta coi soli maschi, i quali ne formano il perno e la rappresentanza. I mariti, i figli delle femmine maritate sono

Digitized by Google

componenti di altre famiglie. Questo punto che ha una parte di vero, e che si riscontra nell' aggregato stesso delle famiglie onde è composta la società, venne esagerato dai Romani, intesi sempre a trarre dai loro istituti di dritto quella forza cui il loro grande genio li chiamava al dominio del mondo.

Si vede dunque che l' agnazione, così privilegiata nell' ordine successorio, concorreva alla forza dello Stato per tre principali rispetti cioè — 1. — perchè l'agnazione era costituita dai maschi e nel sesso virile sta il senno e sta la forza — 2. — perchè i discendenti da un solo uomo ànno un ligame più sentito fra loro e presentano una tal quale coesione, che rende più vigorosa la forza che dal maschio provviene— 3.— perchè quando è forte la famiglia, è forte anche lo Stato, mentre questo non è altro che un aggregato di famiglia.

La *cognazione* è la parentela naturale, ossia è il rapporto che naturalmente passa tra parenti, onde vengono ad esservi comprese le figlie femmine maritate ed i componenti della famiglia dove esse entrano.

Cosicchè l' agnazione è un legame tutto civile, e la congnazione un ligame tutto naturale.

La *gentilità* poi era il ligame che ripassava tra gruppi di famiglie patrizie per vecchio vincolo di agnazione, la prova della quale erasi ordinariamente perduta nel corso dei tempi. E si avverta che nella successione intestata i gentili, come vedremo, erano preferit ai cognati, cioè, dopo il vincolo civile dell'agnazione, era riconosciuto come preferibile il vincolo civile della gentilità a quello naturale del sangue. Sempre risplende il principio della forza, perciocchè, si voglia o no, l' aristocrazia è sempre forte, mentre d'ordinario è ricca e dispone di mezzi, ha sempre modi attraenti, e non manca di tatto e di accorgimento.

§ 686. Premesso ciò, è a conoscere che tre furono le fasi delle successioni intestate nel tempo precedente alle Novelle 118 e 127 di Giustiniano, e derivarono da tre sorgenti, cioè dalla Legge delle 12 Tavole, dall' Editto Pretorio, e da Senato consulti e Costituzioni Imperiali.

1. Per legge delle 12 Tavole stava il precetto—*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto; si agnatus nel escit, gentiles familiam habento* — (Ulpiani *fragmenta* Tit. 26, § 1.) Per lo che la successione intestata risentiva eminentemente del principio agnatizio, cioè della famiglia civile, onde era deferita innanzi tutto a' *sui*, cioè a' figli che si trovavano immediatamente sotto la potestà paterna; in mancanza di essi agli agnati più prossimi; e, quando agnati non vi fossero, a' gentili.

Digitized by Google

2. Il Pretore mitigò la durezza delle Leggi Decemvirali, e, come abbiamo già detto al § 555, co' suoi famosi edilli *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, *unde vir et uxor*, cercò accostare la successione intestata alla famiglia naturale, e vi rimediò per quanto potè, dando a parecchi ordini il possesso de' beni, il quale negli effetti veniva a confondersi con la successione ereditaria. Per lo che con l' editto *unde liberi* uguagliò i figli emancipati agli altri *sui* ch'erano rimasti sotto la potestà paterna; con l' editto *unde legitimi* chiamò dopo di essi gli agnati, liberandoli da intrigate forme che prima vi erano, e concedendo loro senz' altro il possesso de' beni, se la eredità non era domandata in un termine stabilito: con l'editto *unde cognati* chiamò dopo gli agnati i parenti del sangue fino al sesto grado, preferendoli così a' gentili; con l' editto *unde vir et uxor* chiamò dopo i parenti il coniuge.

3. Per legge decemvirale i figli non succedevano alla madre, e la madre non succedeva ai figli se non quando ella si fosse maritata con la *conventio in manum*, perchè allora passando ella sotto la potestà maritale era considerata come figlia del marito e sorella dei figli suoi, e perciò la successione tra i figli e la madre maritata con quella forma civile era regolata allo stesso modo della successione tra fratelli e sorelle, cioè in qualità di agnati. Per l' editto pretorio restò provveduto al caso in cui la madre non si fosse maritata con la *conventio in manum*, nella quale ipotesi ripassava certamente un vincolo di parentela naturale, cioè di cognazione tra madre e figli, cosicchè essi per tal rispetto venivano ad esser compresi nell'editto *unde cognati*.

Ma fu emanato il Senatoconsulto Orfiziano per lo quale si stabilì che i figli succedessero sempre alla madre a preferenza di tutti gli agnati. E quindi si ebbe il Senatoconsulto Tertulliano per lo quale la madre venne chiamata all' eredità dei figli, quante volte questi non avessero lasciato figli, nè padre che potesse reclamare la eredità.

Qualche costituzione d'Imperatori fu pure diretta ad accostare le successioni intestate al principio della cognazione, ma fino alle Novelle 118 e 127 di Giustiniano il sistema della Legge delle 12 Tavole non venne toccato nella sua base, perchè sempre furon tre le categorie delle persone chiamate a succedere nella causa intestata, cioè gli *heredes sui*, gli *agnati*, e poi i *cognati*.

La grande innovazione in questo argomento fu fatta da quell'Imperatore, sulle cui orme si son poi modellate tutte le legislazioni posteriori, onde noi dobbiamo intrattenervisi.

Digitized by Google

SUCCESSIONE INTESTATA GIUSTINIANEA

§ 687. Il sistema agnatizio delle leggi decemvirali , il quale applicava rigorosamente il principio della famiglia civile nella successione intestata, venne dapprima debilitandosi, come abbiam veduto, per opera del pretore, e sempre più perdè di forza pei Senato-consulti e per le Costituzioni imperiali, che si succedettero. Il progresso dei tempi facea trionfare invece il principio della famiglia naturale, e l' agnazione a poco a poco cedè il campo alla cognazione, specialmente nella materia successoria, in cui si agitano sempre gravi interessi, e deve dominar sempre la volontà del defunto. Come in fatti potea presumersi che alcuno morendo avesse voluto, pe'beni che lasciava, preferire gli agnati che talvolta trovavansi in grado lontano, a' parenti del sangue che fossero stati in grado assai vicino? E così, per esempio, non potea ulteriormente tollerarsi che un nipote, figlio della sorella del defunto, fosse nella successione intestata posposto ad un lontano agnato cioè ad un parente per parte del padre di 8° o 10° grado.

Giustiniano perciò, seguendo la corrente dei tempi suoi , pose una novella base nel sistema successorio intestato , e la base fu la parentela naturale o, come altri dicono, l'amore che proviene dal vincolo creato dalla stessa natura — Ciò risponde a' moti del cuore umano , esamiaando il quale si trova che l' affetto si sente pe' più vicini congiunti con ligame di sangue, non già per quelli più lontani e che prevalgano soltanto per un rapporto aristocratico e civile.

Or la esperienza insegna che i più cari son sempre i figliuoli: *amor descendit*.

Mancando i figli l' amore torna alla sua radice e diverge pe' più prossimi parenti. Si presentano dunque spontanee nella successione intestata le classi dei successibili, i quali vengono ad esser distinti in discendenti, ascendenti e collaterali.

§ 688. Se non che , collocata la famiglia al suo vero posto di creazione di natura, dovea risollevarsi il diritto del coniuge sopravvivente, il quale non può certo considerarsi come un estraneo in riguardo al coniuge defunto.

Altri rapporti dovean pure valutarsi e specialmente quello della patria, per la quale tutti sentono affezione, e che deve perciò avere i suoi diritti quando i successibili manchino.

Venne quindi già da tempo distinta la successione intestata in regolare ed irregolare La prima abbraccia gli ascendenti , i discen-

Digitized by Google

denti e i collaterali. La seconda riguarda il coniuge e lo Stato. Ma perchè i figli naturali hanno anch'essi qualche diritto, che non può certo assomigliarsi a quello dei figli legittimi, tra le successioni tra le successioni irregolari si novera anche quella de'figli naturali. Cosicchè tre sono le classi de'successibili regolari cioè i discendenti, gli ascendenti ed i collaterali, e tre quelle dei successibili irregolari, cioè i figli naturali, il coniuge e lo Stato.

La successione regolare riposa essenzialmente sopra una distinzione di ordini o di classi, e così la classe de'discendenti è sempre preferita a quella degli ascendenti e de' collaterali. Nella medesima classe poi à valore il grado, e così fra ascendenti e collaterali son sempre preferiti quelli di grado più vicino, onde l'avo esclude il bisavo, il fratello esclude lo zio ec.

La successione irregolare invece d'ordinario s' innesta con la regolare, meno per lo Stato che sta sempre dopo di tutti. Onde accade che il figlio naturale e il conjuge, si veggono sovente concorrere con le classi de'successibili regolari.

Inoltre alcune classi de'successibili regolari e irregolari, cioè quelle de'discendenti, de'collaterali e de'figli naturali, quante volte presentino più persone ehe abbiano diritto alla eredità, possono concorrere in vario modo, cioè *in capita*, *in stirpes*, e *in lineas*. Conviene chiarirne bene la idea.

In capita si succede quando la eredità vien distribuita secondo il numero degli eredi e in quote eguali fra loro. La quota allora si chiama *virile*, cioè la distribuzione è fatta tanto a testa, tanto per uomo.

In stirpes si succede quando alcuni di grado più lontano prendono il luogo di un loro aseendente già morto e di grado più vicino, cosicchè quelli ricevono insieme la porzione che sarebbe a costui spettata, e ne fanno poi la distribuzione fra loro *in capita*.

In lineas quando una metà del patrimonio ereditario si dà a' parenti della linea paterna del defunto, e l'altra metà a quelli della linea materna.

Tutto ciò è semplice. Ma la successione in *stirpes* ebbe uno sviluppo, e surse la teoria della rappresentazione ; e d'altro canto si estese di molto il favore della linea, si diè anche luogo alla ricerca dell' origine de' beni, tornarono ad esser preminenti i maschi nella successione. Per lo che deve discorrersi partitamente—1. della rappresentazione — 2 della prerogativa della linea, della origine de'beni e della preferenza del sesso.

Digitized by Google

Rappresentazione.

§ 689. Questa è definita: *fictio juris qua remotiores in parentis defuncti locum subintrare intelliguntur* — cioè una finzione di diritto creata dalla legge per favorire i parenti di qualche grado più lontano, i quali subentrano al luogo del loro autore, che sarebbe stato erede del defunto della cui eredità si tratta, se non gli fosse premorto (1).

La parola *rappresentazione* nel sistema successorio non è romana, ma de'secoli posteriori, onde alcuni sostengono che la teoria relativa non era riconosciuta da quel Diritto, e che fu opera degl' interpreti di esso. Ciò non è vero; e invece sta che *il succedere in parentis defuncti locum* si trova scritto in Gajo III. 8, e nelle Istituzioni di Giustiniano § 6. *de hereditatibus quae ab intestato deferuntur* 3. 1, e nelle Novelle 118 capo 3, e 127 capo 1, e sempre a proposito di successione intestata, onde la teoria della rappresentazione, e nel senso attuale, vi era con tutta certezza (2).

Se non che per Diritto Romano v'era doppia limitazione.

La prima consisteva in ciò che coloro i quali succedevano per rappresentazione, lo facevano *jure proprio*, e per forza del rapporto di parentela che ripassava tra loro e il defunto della cui successione trattavasi, non già pel diritto che avea il loro ascendente premorto, ma codesto principio non si tenne fermo ne' secoli posteriori, e per alcun caso si diè vigore al diritto che avea l'ascendente premorto (3).

La seconda era che la rappresentazione veniva ammessa di regola nella successione intestata, e non nella testata, per la ragione che la rappresentazione si basa sulla presunta volontà del defunto, onde à luogo nella successione intestata poggiata egualmente sulla volontà presunta di chi muore, come abbiamo detto innanzi al § 684, e non nella successione testata in cui tutto dipende dalla volontà espressa. Ma anche questa seconda limitazione soggiacque ad eccezioni per alcuni casi nei quali la volontà presunta del defunto era conciliabile con quella espressa (4).

(1) Questa definizione reggerebbe a base degli art. 179 e seguenti.

(2) Oggi forma una sezione importante del Codice Civile. Veggansi gli articoli 729 e seguenti.

(3) Il Codice francese subì tale influenza, come ne fa fede l'art. 730 a proposito de' figli dell'indegno, ciò che si è corretto dal Codice Civile italiano nell'art. 728.

(4) Il Codice Civile Italiano ritiene codeste eccezioni, e prova n'è l'art. 890 di cui abbiamo discorso in nota al § 606

Digitized by Google

Ora la teoria della rappresentazione muove da tre ragioni — 1. di non rendere più infelici gl'infelici che àn perduto il genitore — 2. di uguagliare le sorti de' successibili — 3. di dar effetto giuridico all'affezione che, per natura, il defunto, della cui suecessione si tratta, avea verso i congiunti superstiti, onde si trae la presunzione di volerli beneficare *aequa lance*.

I principii sono

1. Nella linea discendentale la rappresentazione à luogo in qualunque grado: *amor descendit*. Si può con certezza presumere che pel grande affetto che gli ascendenti portano a' loro discendenti, quelli vogliono veder costoro al luogo del genitore premorto § 6. Inst. *de hereditatibus quae ab intestato deferuntur* 3, 1; Fr. 2, § 7, *de excusationibus* 26, 1; Fr. 2 e 3 Cod. *de suis et legitimis liberis* 6, 55. Nov. 118 (1).

2. Nella linea ascendentale la rappresentazione non à luogo, e l'ascendente più prossimo esclude il più remoto. Novella 118 cap. 2. Suppongasi ad esempio che il defunto, il quale non lascia nè figli, nè genitori, abbia superstiti l'avo materno e il bisavo paterno, la eredità sarà tutta raccolta dall'avo materno, e non potrebbe il bisavo paterno dire ch'egli rappresenta il premorto padre del defunto. La ragione è che nella linea ascendentale si presume sempre maggiore affetto per l'ascendente più vicino: così, ciascuno sente maggiore affetto pel padre anzichè per l'avo, e maggiore per l'avo anzichè pel bisavo ec. *amor non ascendit* (2).

3. Nella linea collaterale il diritto romano non ammetteva rappresentazione. Giustiniano fu il primo che ve l' ammise in via di eccezione e nel solo caso che i figli di primo grado di un fratello premorto fossero in concorso de' loro zii Novella 118 cap. 3, e Novella 127. Così, ad esempio, se il defunto lasciava un fratello, ed i figli di un altro fratello morto innanzi, questi rappresentavano il loro genitore e si prendevano la quota che sarebbe a lui spettata e se la dividevano poi tra loro. Ma se il defunto lasciava soltanto figli di diversi fratelli, niuno rappresentava il proprio genitore, e tutti succedevano *in capita*. La ragione era che quando si avea il concorso di uno zio, dovea farsi la quota per costui, ed era giusto che i figli di altro fratello premorto succedessero in *stirpes*, ed avessero pure una quota eguale, cioè quella che sarebbe spettata al genitore se fosse stato ancor vivo; ma quando tutti i fratelli fossero premorti e concorressero i soli loro figliuoli, ciascuno di questi presentavasi col proprio diritto a succedere in *capita* (1).

(1) Teoria uniforme, art. 730.

(2) Teoria uniforme, art. 731.

(1) Il Codice Civile invece riconosce quale segola la rappresentazione nella

Digitized by Google

4. Dove è rappresentazione ivi è successione *in stirpes*, e non *in capita*. Nov. 118 cap. 1 e 3 (1).

Prerogativa della linea — Origine de' beni — Preferenza di sesso.

§ 690. 1. *Prerogativa della linea*. La successione per linee à doppio senso: il primo è della successione di linea discendentale, ascendentale e collaterale: il secondo è di suddivisione della linea ascendentale e collaterale distinguendo i parenti della linea paterna dalla materna, e così l'avo e lo zio paterno, dall'avo e dallo zio materno.

Per diritto romano antico, la base della successione intestata (come abbiam visto innanzi al § 685) era l'agnazione, onde l'agnato, e in mancanza di costui, il gentile escludevano il cognato. Giustiniano fece valere la presunta affezione del defunto a base de' ligami del sangue, per lo che furono posti ad eguale livello l'agnazione e la cognazione e per la successione ascendentale dispose la divisione della eredità per metà alla linea paterna e per metà alla materna, preferendo sempre il più prossimo ascendente di una linea a quello più

---

linea collaterale de' fratelli e delle sorelle del defunto, ammettendola senza limitazione come nella linea retta discendentale, art. 732. L'uomo che non ha figli (disse Chabot nella compilazione del Codice francese) e che perde un fratello da lui amato porta naturalmente i suoi affetti sopra tutti i discendenti di questo fratello. I nipoti. i pronipoti sono sempre per lui ciò che era il fratello, del quale prendono successivamente il luogo, e glielo rappresentano tutti egualmente. Imitando la natura che stabilì una successione d'amore e di tenerezza tra i fratelli e i loro dipendenti, la Legge dovea stabilire tra essi la successione de' beni. Ma non si dovea estendere la rappresentazione agli altri congiunti collaterali, perchè l'affetto fraterno non è identico per quelli di grado più lontano, onde la presunzione, sopra cui poggia la rappresentazione, non avrebbe corrisposto alla natura e alla verità.

(1) Teoria uniforme, art. 733.

Inoltre il Codice Civile negli art. 734 e 735 applica sotto due diversi aspetti il principio dinanzi cennato al § 689, che cioè la rappresentazione opera *jure proprio* e per sola forza del rapporto che passa tra i rappresentanti e il defunto pella cui eredità si tratta, e non per considerazione del rappresentato. Onde stabilisce nell'art. 734 che se di regola non si rappresentano le persone viventi, pure possono rappresentarsi le persone assenti e gl'incapaci di succedere, per lo che accade che nelle successioni dell'avo o dello zio, i figli di un assente o i figli di un indegno possono rappresentare il padre, anzi per l'indegnità è detto pure nell'art. 728. E il codice stabilisce inoltre nell'art. 735 che si può rappresentare la persona alla cui successione si è rinunziato, e così se alcuno à rinunziato alla eredità del padre defunto, e muoia uno zio il quale lasci anche altri nipoti, quegli, non ostante la rinunzia alla eredità paterna, può rappresentare il genitore e succedere allo zio. Sempre rifulge il principio che la rappresentazione costituisce un rapporto non tra il rappresentante e il rappresentato, ma invece tra il rappresentante e quello della cui eredità si tratta.

Digitized by Google

remoto dell'altra. Così, morendo alcuno senza lasciar figli nè fratelli o sorelle, la eredità era divisa per metà tra il padre e la madre, e vivendo un solo de' genitori, egli prendeva tutto; se nel medesimo caso fossero mancati anche il padre e la madre e fossero rimasti superstiti l'ava paterna, l'avo e la ava materni, la sola ava paterna si prendeva la metà, e l'avo e l'ava materni l'altra metà: e se fossero sopravvissuti l' avo materno e il bisavo paterno, l' avo materno prendeva tutto e il bisavo paterno nulla. Nov. 118 cap. 2. La ragione era che nella linea ascendentale si presume maggiore affetto per l'ascendente più prossimo, onde non si ammette in tale linea il diritto di rappresentazione, come abbiamo detto al § 689.

Ma per diritto consuetudinario, e specialmente in Francia, in quanto alla successione intestata si ammise per alcuni casi la distinzione de' parenti paterni e materni non solo nella linea ascendentale, ma anche nella collaterale. La ragione che se ne dava era che due famiglie unitesi per matrimonio, doveano restare unite anche nella comune sventura che avea rapito i frutti di tale unione. Con questo sistema si andò tant'oltre che per ciascuna linea di parenti paterni o materni si facea una nuova suddivisione dei rami diversi distinguendosi ancora una volta tra parenti paterni e materni (veggasi specialmente il discorso di Chabot al Corpo Legislativo francese) (1).

2. *Origine de' beni.* Se non che, oltre alla prerogativa della linea, per diritto consuetudinario v'era pure il principio della origine dei beni. Ora valea l'uno, ora l'altro sistema, senza che avessero potuto l'uno e l'altro andare uniti, perchè se pe' beni dovea ricercarsi l'origine, doveano di necessità tutti i beni che aveano la medesima sorgente attribuirsi a quel solo de' lati da cui emanavano, mentre la prerogativa della linea menava invece indistintamente alla divisione di tutto il patrimonio ereditario per metà alla linea paterna e per metà alla materna.

La origine de' beni, che non fu d' invenzione romana, ebbe nei mezzi tempi maggior vigore della prerogativa della linea, e venne

---

(1) Il Codice Civile francese cercò di restringere codesti abusi del diritto consuetudinario, ma non potè fare a meno di mantenere la distinzione de' parenti paterni e materni nella linea ascendentale e nella collaterale, e per la linea ascendentale non si tenne, come fece il Diritto Giustinaneo, all'ascendente più prossimo, ma ammise alla successione gli ascendenti dell'una e dell'altra linea anche in grado ineguale. Veggansi gli art. 746 e 752 Codice francese. Il Codice Civile Italiano à tolto ogni prerogativa di linea, e se fa la distinzione di linea paterna e materna nella successione degli ascendenti, preferisce sempre quello che è di grado più prossimo, art. 722, 739, 740, e 741.

Digitized by Google

designata con la formola *paterna paternis*, *materna maternis*. La ricerca della origine derivò dalla influenza del diritto germanico, il quale tenea molto alla conservazione dei beni in famiglia. Per lo che, se alcuno moriva intestato e senza figli, distinguevansi nel suo patrimonio i beni paterni, i materni, e quelli dallo stesso defunto acquistati. I primi erano attribuiti ai parenti paterni più prossimi, i secondi ai più prossimi materni, ed i terzi cioè gli acquisiti spettavano ai parenti paterni più vicini essendo la linea paterna tenuta in maggiore riguardo.

Accadea perciò alcune volte lo strano inconveniente che un parente paterno assai lontano raccoglieva quasi tutta la eredità a preferenza di un parente materno assai vicino: era il principio agnatizio che risorgeva sotto l'aspetto della origine dei beni.

Codesta regola *paterna paternis*, *materna maternis*, dove più, dove meno, prese ad osservarsi dai mezzi tempi fino alla pubblicazione de' Codici novelli, e per essa si ricorda nelle provincie napolitane, il patto così detto della Curia Capuana e Nilo, pel quale nei capitoli matrimoniali veniva a stabilirsi la successione eventuale secondo il rigoroso sistema di quella regola.

Anzi, specialmente in Francia, si andò anche oltre, e per favorire la conservazione de' beni in famiglia, si vietò di far testamento ed anche di far donazione di quei beni che si fossero avuti in eredità dal lato paterno o materno.

Non potea certo esser mantenuto nei nuovi Codici codesto ordine di cose, pel quale la libertà di disporre era inceppata, ed eredi talvolta lontanissimi ed anche sconosciuti al defunto, escludevano i parenti prossimi e da lui più amati durante il corso di sua vita; onde ia regola *paterna paternis*, *materna maternis* se non venne da per tutto e in tutto abolita, fu ristretta in angusti limiti e tali da non recare offesa alla semplicità del diritto naturale, che considera come una sola eredità il patrimonio intero che il defunto lascia (Veggansi specialmente i discorsi di E. Trehilard e di Siméon al Corpo legislativo francese, e le opere di Maffei Inst. Lib. 4 cap. 6 e 7 di Napodano *ad Cons. filius familias,* e de Marinis Lib. 1 Cap. 70 (1).

3. *Preferenza del sesso*. Dopo i tempi Romani si risentiva l' influenza del Diritto Germanico ed il peso del sistema feudale, e generalmente non ammettevansi le donne alla successione degli ascendenti e dei collaterali, ma invece si concedeva ad esse soltanto il diritto alla dote di paraggio di cui si è discorso al § 172. Le don-

---

(1) Il Codice Civile Italiano non riconosce origine dei beni nella successione intestata, art. 722 e 739.

ne per altro trovavano d'ordinario dei sussidii nei così detti monti di famiglie di cui specialmente abbondavano le case illustri. La rivoluzione francese le risollevò da questa disuguaglianza e le pose a livello dei maschi (1).

Dopo codeste nozioni si può agevolmente intendere il sistema successorio intestato e per riguardo alle successioni regolari e alle irregolari.

SUCCESSIONI REGOLARI E IRREGOLARI

§ 691. Abbiamo già detto innanzi al § 688 che la successione intestata va distinta in regolare ed irregolare. Tale distinzione non è Romana, ma dei tempi posteriori.

La regolare, così detta perchè procedono concordi la natura e la legge, consta dei parenti legittimi, i quali van distinti nelle tre linee discendentale, ascendentale, e collaterale. La irregolare è costituita da quelli che *contra regulas,* cioè contro il rigore delle regole del diritto sono ammessi alla successione e vi vengono noverati il coniuge e lo Stato. E perchè di fronte alla legge hanno una imperfezione i figli illegittimi, concorrendo in loro soltanto il legame naturale, e non quello quello civile, furono compresi anch'essi fra i successori irregolari. Nè la distinzione di eredi regolari ed irregolari fu di solo nome, perciocchè la condizione giuridica fra gli uni e gli altri fu assai diversa, essendo stati quelli trattati con molto favore e questi invece assai duramente come verremo ora esponendo (2).

Intanto si ritenga come principio generale in tutte le succession intestate che d'ordinario esse sono reciproche. E si avverta che per la capacità a succedere si applicano le norme da noi già esposte a § 571 e seguenti.

Successioni regolari

§ 692. Queste, come ora abbiamo veduto, vengono costituite dai discendenti, dagli ascendenti e dai collaterali, e noi con tale ordine, che è il più naturale, ne parleremo.

Se non che ci piace avvertire che alcuni scrittori di diritto Romano sogliono farne quattro classi, per ragione della preferenza che l'una classe á sull'altra, cosicchè i parenti della classe susseguente

(1) Il Codice Civile Iitaliano non riconosce preferenza di sesso nella successione intestata art. 736.

(2) Il Cod. Civ. non più riconosce la distinzione tra i successori regolari e irregolari, avendo in omaggio alle naturali affezioni, e seguendo l'impulso del progresso della scienza, elevato il carattere e la entità del diritto successorio del figlio naturale e del coniuge.

Digitized by Google

sono esclusi finchè vi sia anche un solo della classe precedente. Onde pongono nella prima i discendenti; nella seconda gli ascendeuti, il fratelli e sorelle bilaterali, ed i loro discendenti di primo grado; nella terzi i fratelli e sorelle unilaterali; e nella quarta gli altri collaterali' (1).

Discendenti

§ 693. Essi sono i più favoriti, perchè l'amor paterno vinee qua-unque altro: *amor descendit.*

Laonde è stabilito che

1. I figli di primo grado succedono *in capita*, quelli di grado ulteriore *in stirpes*. Novella 118 Cap. 1 (2). Vedi quanto è detto al § 688.

2. Se vi sieno figli nati da più matrimonii, tutti succedono egualmente al comune genitore, ed ognuno separatamente al proprio. Nov. 22 Cap. 46 (3). Ma i figli del primo letto ànno diritto ad avere tutto ciò che per qualunque titolo il genitore abbia avuto dal primo coniuge, senza che possano parteciparne i figli del secondo letto: ciò era pel disfavore con cui guardavansi le seconde nozze, come si è detto al § 165, L. 3 Cod. *de secundis nuptiis* 5, 9. Ne' tempi feudali si fece anche distinzione tra figli nati da matrimonii nobili o morganatici (4).

3. I figli legittimati ed adottivi sono equiparati a' legittimi § ult. Inst. *de nuptiis* 2, 10; § 2 Inst. *de adoptionibus* 1, 11; L. 10 Cod. *de naturalibus liberis* 5, 27; Nov. 89, Cap. 9 (5).

Ascendenti

§ 694. Innanzi tutto per essi v'hanno tre principii:

Il primo è che l'ascendente più prossimo esclude il più remoto, perciocchè *amor non ascendit*, e risalendo agli ascendenti perde tanto di forza per quanto più questi si allontanano, onde il figlio ama più il padre che l'avo, più i'avo che il bisavo (6).

Il secondo è che la successione a vantaggio degli ascendenti si fa

(1) Il Cod. Civ. non segue rigorosamente codesto ordine di preferenze, nè ritiene tali quattro classi. Veggansi le seguenti note.

(2) Teoria uniforme, art. 736. Il Codice aggiunge in tale articolo — *senza distinzione di sesso* — essendosi bandita la disuguaglianza tra figli maschi e femine, come si è detto in nota al § 690.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 736.

(4) Il Codice Civile à condannato tali differenze, e à stabilito la eguaglianza tra figli nella successione al comune genitore, quantunque essi sieno nati da matrimonii diversi da lui contratti, art. 736.

(5) Teoria uniforme, art. 737.

(6) Teoria uniforme, art. 739 capov.

Digitized by Google

per linee. Ciascuno avendo padre e madre, avo ed ava dalla parte del padre, avo ed ava dalla parte della madre, è giusto che la successione vada metà alla linea paterna, e metà alla linea materna perchè l'affetto del defunto è identico per l'una e per l'altra linea (1).

Il terzo è che gli ascendenti non succedono soli, ma concorrono con essi anche i fratelli e le sorelle bilaterali (2). La ragione è che, consultando il cuore umano, si trova che se alcuno non ha figli, il maggiore affetto per lui sta egualmente verso gli ascendenti più prossimi ed i fratelli e le sorelle.

Premessi codesti principii segue:

1. Che se al figlio morto senza discendenti sieno superstiti il padre e la madre, *luctuosam hereditatem aequa lance dividunt inter se*, ed escludono gli avi; che se poi è superstite un solo dei genitori, egli solo piangendo raccoglie la eredità del figlio ed esclude similmente gli avi. Novella 118 Cap. 2 (3).

2. Che se invece non sia superstite alcuno de' genitori, ma vi siano altri ascendenti, la successione si fa per linee, per lo che se, ad esempio, sieno superstiti l'ava paterna e l'avo e l'ava materni, l'ava paterna sola prenderà la metà, e l'avo e l'ava materni prenderanno l'altra metà; e se, ad esempio, siano superstiti l'ava materna il bisavo e la bisava paterni la sola ava materna, come più vicina di grado, si prenderà tutto, Novella 118 Cap. 2 (4).

3. I fratelli e le sorelle bilaterali, ed i discendenti di altri fratelli o sorelle bilaterali defunti, concorrono sempre coi genitori o con altri ascendenti del defunto, cioè i fratelli e le sorelle *in capita*, ed i discendentl dei fratelli o sorelle defunti *in stirpes*, ma la porzione degli ascendenti non può esser mai minore della legittima, la quale, se è assicurata nelle successioni testate, non potrebbe esserlo di meno nelle intestate. Novella 127 Cap. 1 ».

Se il defunto non lasci fratelli e sorelle bilaterali, ma lasci nipoti cioè discendenti da fratelli e sorelle bilaterali defunti, e sieno anche superstiti gli ascendenti, questi escludono i nipoti. Novella 127 Cap. 1. Se non che la pratica forense si mostrò contraria a questo ultimo punto, e per interpretazione dello spirito della Novella 127 Cap. I. ammise che i nipoti concorressero cogli ascendenti. I fratelli e sorelle unilaterali poi non succedevano se non in mancanza degli ascendenti e de' bilaterali e de' loro figli, cioè non concorrevano nella suc-

(1) Teoria uniforme, art. 739.

(2) Teoria uniforme, art. 740. Ma oggi concorrono con essi anche gli unilaterali, come vedremo nelle seguenti note.

(3) Teoria uniforme, art. 738.

(4) Teoria uniforme, art. 739.

Digitized by Google

cessione del defunto nè con gli ascendenti nè co' fratelli e sorelle bilaterali o co' figli di costoro, ma venivano dopo, come meglio ora si dirà nella successione de' collaterali (1).

---

(1) Per Codice Civile i fratelli e le sorelle bilaterali e i discendenti da fratelli e sorelle bilaterali defunti concorrono gli uni *in capita*, e gli altri *in stirpes* con gli ascendenti senza che a questi possa mai spettare meno del terzo, art. 740.

Ma il Codice presenta una grave novità per gli unilaterali, perciocchè il primo capoverso dell'art. 740 stabilisce che se vi sono fratelli o sorelle consanguinei od uterini succedono anch'essi, ma, concorrano con germani o sieno soli, conseguono la sola metà della quota spettante a' germani. Per lo che, contrariamente al Diritto Romano, gli unilaterali non formano oggi una classe a parte dagli ascendenti e da' bilaterali, e non vengono più dopo di essi, ma invece vanno con essi uniti nella successione del defunto, e prendono la metà della quota spettante a' germani. Le ragioni che àn mosso il Legislatore Italiano a fare codesta novità sono che ninno può disconoscere che i fratelli e le sorelle germani, educati per lo più assieme e con eguaglianza di trattamento, contraggono vincoli più sentiti di affezione, che rafforzano quelli del sangue, e si rendono incancellabili anche nell'età più matura. Per contro i fratelli e le sorelle nati da matrimonii diversi, o sono educati separatamente, o convivendo assieme non sono in famiglia riguardati con occhio egualmente benevolo, onde i sentimenti di affezione non si sviluppano e non si rafforzano come avviene fra i germani. Ma se è certo che esiste fra questi ultimi una maggiore affezione che fra i primi, non può tuttavia ammettersi che tale prevalenza sia così assoluta da escludere una affezione abbastanza intensa fra gli unilaterali. Nel Codice si è perciò seguita una via di mezzo. Tutti i fratelli e le sorelle germani o unilaterali, o loro discendenti, succedono assieme, anche in concorso degli ascendenti del defunto, ma tenendo conto del doppio vincolo, gli unilaterali avranno soltanto la metà della quota che spetta a' germani.

Ed a proposito degli unilaterali si è, dopo la pubblicazione del nuovo Codice, elevata una delle più gravi quistioni, se cioè la quota ad essi dovuta, e che consiste nella metà di quella che spetta a' germani, debba essere di fatto o di diritto.

L'indole di questo lavoro, che è tutto elementare e tutto di principii, non consente che vi si trattino quistioni. Ma quì giova toccare di quella, soltanto perchè i giovani sappiano che cosa vuol significarsi con le parole *quota di fatto* e *quota di diritto*.

Il Codice dice che gli unilaterali conseguono la metà della quota *spettante* a'germani, art. 740, capov. 1, e nell'altro art. 741 capov. adopera la frase *che spetta* a' germani.

Or si è dubitato se agli unilaterali spetti la metà di quanto in fatto spetta a' germani, ovvero la metà di quanto loro spetterebbe se fossero germani.

Facciamone un esempio — Tizio muore e lascia un fratello bilaterale, ed un altro unilaterale, e la eredità di lui consiste in Lire dodicimila. Se l'unilaterale ha diritto a prendersi la metà di quanto in fatto spetta al bilaterale, si avrà che quegli prende lire quattromila, e questi ottomila. E se invece l'unilaterale ha diritto a prendersi la metà di quanto gli spetterebbe se fosse germano, si avrà che il patrimonio ereditario dovrebb'esser prima diviso in due

Digitized by Google

Collaterali

§ 695. Quando con gli ascendenti non concorrano i collaterali, e questi sieno soli, si entra del tutto in questa linea, per la quale si osservano le seguenti norme:

1. I germani, cioè i fratelli e le sorelle bilaterali, sono preferiti a tutti, essendo connaturale l'affezione del bilaterale verso l'altro bilaterale, nati, educati, e vissuti nella stessa famiglia. La divisione fra germani si fa *in capita*.

2. Se co' germani concorrono i figli di altri germani premorti, quelli son chiamati *in capita*, e gli altri per diritto di rappresentazione *in stirpes*. Ma se mai esistessero soltanto i figli de' germani, non vi è luogo a rappresentazione, e ciascuno di essi succede *in capita*. Novella 118, cap. 4. Ne abbiamo detto le ragioni parlando della rappresentazione al § 689.

3. In mancanza di germani succedono gli unilaterali, cioè i consanguinei od uterini, e i figli degli unilaterali premorti, cioé quelli *in capita* e questi per diritto di rappresentazione *in stirpes*. Se poi i figli degli unilaterali sieno soli, ciascuno di essi succede *in capita*. Novella 118 cap. 3. La ragione è quella stessa, che noi abbiamo esposta discorrendo della rappresentazione al § 689. Ma dopo i tempi Romani l'uso del foro applicò agli unilaterali la regola *paterna paternis*, *materna maternis*, di cui abbiam discorso al § 690, in modo che nei beni paterni succedevano i consangninei o i figli loro, e nei beni materni gli uterini o figli.

4. Mancando anche gli unilaterali succedono i parenti più vicini e se ve ne fossero del medesimo grado si fa tra loro la divisione *in*

---

quote cioè a metà, e poi l'unilaterale dovrebbe avere la metà dell'una di tali quote, cosicchè dell'eredità di lire dodicimila si farebbero due parti di lire sei mila ciascuna, e l'unilaterale avrebbe la metà dell'una parte, cioè lire tre mila. Come si vede la differenza è grave. Or si chiama quota di fatto quella per la quale l'unilaterale venisse a prendere la metà di quanto realmente prende il bilaterale, e si dice *quota di fatto*, perchè corrisponderebbe al fatto. Si chiama invece quota di diritto quella per la quale l'unilaterale venisse a prendere la metà non di ciò che ha realmente il bilaterale, ma invece di ciò che gli spetterebbe se egli fosse bilaterale: e così se come bilaterale egli avrebbe sei, come unilaterale gli toccherebbero tre. La quota in tal caso si dice *di diritto* perchè il diritto assegnerebbe a lui quella quota se fosse bilaterale, costituendo codesta quota la parte virile, cioè la parte eguale all'altro.

Ripetiamo che è molto contrastato e tra gli scrittori e nel foro se all'unilaterale spetti la quota di fatto ovvero quella di diritto, ma comincia a prevalere la opinione di quelli che sostengono la quota di fatto, come più corrispondente alla lettera e allo spirito del Codice.

Digitized by Google

capita, senza però distinguere fra bilaterali ed unilaterali. Novella 118. La successione dei collaterali avea luogo in infinito. Fr. 2, § 1 *de suis et legitimis heredibus* 38, 16. L. 1 Cod. *unde vir et uxor* 6 18 (1).

Successioni irregolari

§ 696. Le successioni irregolari sono quelle che vengono ammesse contro il rigore delle regole severe del diritto, *contra regulas*. Esse versano a riguardo de' figli illegittimi, del coniuge, e dello Stato. Veggasi § 688.

Figli illegittimi

§ 697. I figli illegittimi per diritto romano erano distinti in quattro classi, cioè — 1 naturali quando fossero nati da concubinato — 2 spurii, bastardi, o vulgo quaesiti quando fossero nati da donna che non vivea in concubinato con alcuno — 3 adulterini quando fossero

(1) Anche il Cod. Civ. preferisce i fratelli e le sorelle per capi ed i loro discendenti per stirpi, quando qualcuno muoja senza lasciare nè ascendenti, nè discendenti. Ma però con essi concorrono i fratelli o le sorelle consanguinei od uterini ed i loro discendenti, ed hanno diritto alla sola metà della quota che spetta a'germani, art. 741. Anche quì si ripete la quistione odierna della quota di fatto e della quota di dritto, della quale abbiamo discorso nella nota precedente.

Ma è ammessa sempre la rappresentazione nella linea collaterale, sia che i nipoti concorrano cogli zii, sia che la successione sia deferita ai soli nipoti in gradi eguali ed ineguali, art. 732. Ne abbiamo esposte le ragioni in nota al § 689.

Quando poi manchino i germani, gli unilaterali ed i loro discendenti, la successione si apre a favore del congiunto o dei congiunti più vicini al defunto art. 742.

Nè per gli unilaterali, nè per gli altri congiunti collaterali si fa distinzione di linea paterna o materna, art. 742.

Ma la successione oggi non ha luogo tra i congiunti oltre il decimo grado, art. 742 cap. Su questo punto, seguendosi il Codice Toscano ed il voto della scuola odierna, fu fatta una innovazione al diritto romano, che non assegnava alcun limite. La ragione è che procedendosi oltre il decimo grado, le prove della parentela sono difficili, e d'altronde, quanto più la parentela si scosta di grado, altrettanto affievoliscono i sentimenti di affezione. Rattenuta la successibilità dei collaterali al decimo grado, si impedisce lo sperpero dei beni tra persone soventi volte ignote al defunto, e di essi viene avvantaggiato il patrimonio dello Stato. Nè la volontà dei cittadini può dirsi violata, giacchè l'assoluta potestà di disporre per atto tra vivi o per testamento a favore di collaterali più lontani o di persone anche estranee custodisce ad essi la seguela del dominio dopo la morte.

Fu poi stabilito il decimo grado perchè meglio risponde alla egualità tra le due linee.

Digitized by Google

nati da persone, l'una delle quali o tutte e due era ligata in matrimonio—4 incestuosi se da persone tra cui era vietato il matrimonio per parentela. Veggasi § 217.

L'argomento per essi è complesso, perciocchè da un lato il rapporto naturale reclama i suoi diritti, e dall'altro vi fa contrasto la dignità del matrimonio e della famiglia. Onde la sorte de' figli naturali è stata varia, e giova conoscerne le fasi.

Or si avverta innanzi tutto che le prime due classi sono ripugnanti per la loro origine alla sola morale per l'illecito congiungimento de' genitori, e che alle altre due fanno ostacolo non solo la morale ma anche la società e la stessa legge, perchè l'adulterio e lo incesto sono unioni condannate.

§ 698. Per Diritto Romano antico i figli illegittimi non succedevano nè al padre nè alla madre, perchè non entravano a far parte della famiglia civile de' loro genitori. Certamente il concetto della famiglia civile era la base della successione intestata, così volendo le Leggi delle 12 Tavole che deferivano la eredità all' *heres suus* all'agnato, e al gentile—*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto: si agnatus nec escit, gentiles familiam habento* come si è detto al § 685.

Ma dopo che il Pretore con l'editto *unde cognati* provvide al ligame del sangue nella materia successoria, come si è cennato al § 686, si distinse per le due prime classi, cioè pe' figli naturali e per gli spurii, la eredità paterna dalla materna. Per la paterna non v'era ragione ad ammetterli alla successione, perchè era sempre incerta la paternità nella inesistenza di un matrimonio legittimo e non avrebbe potuto trovar luogo la famosa presunzione: *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. Ma per la eredità materna invece v'era tutta la certezza derivante dalla natura: *mater semper certa est*. Onde la cognazione tra madre e figlio naturale o spurio era evidente, e per l'editto *unde cognati* venne riconosciuto tra essi il diritto al possesso de' beni, che ne' suoi effetti menava alla successione, cosicchè per tale editto il figlio naturale o spurio succedeva alla madre e a' congiunti di lei, anche quando ella avesse avuto figli legittimi, e viceversa la madre naturale e i congiunti di essa succedevano al figlio. Fr. 2 *unde cognati* 38, 8; § 3 I. Inst. *ad Senatus Consultum Orphitianum* 3, 4; § 4. Inst. *de successione cognatorum* 3, 5. Il possesso de' beni derivante dall'editto *unde cognati* fu poi convertito in successione ne' rapporti di madre e figlio naturale da' Senato Consulti Orfiziano e Tertulliano, come abbiam veduto al § 686.

Per altro vi fu poi per opera di Giustiniano una strana eccezione per le madri illustri. Queste non potevano avere figli naturali perchè

Digitized by Google

era ad esse vietato di divenir concubine, ma ciò non toglieva che avessero illegittimamente procreato qualche figlio, e che perciò corresse loro appresso un qualche bastardo il quale alla loro morte avea diritto di succedere. Or si vietò la successione degli spurii alle madri illustri per la ragione che *in mulieribus ingenuis et illustribus nominari spurios satis injuriosum sit*. L. 5, Cod. *ad Senatus Consultum Orphicianum* 6, 57.

Pel padre naturale poi, cioè per quello che avea procreato un figlio con una concubina, Giustiniano volle che codesto figlio gli succedesse in mancanza di figli legittimi e della moglie, ed avesse due once, cioè la sesta parte della eredità da dividersi con la madre naturale. Novella 89, Capo 12, § 4.

I figli incestuosi e adulterini erano respinti dalla eredità del padre e della madre e loro congiunti, in odio all'adulterio e all'incesto che era condannato dalla Legge. Novella 89 Cap. ult.

Viceversa poi ne' casi in cui era ammessa la successione a vantaggio del figlio naturale o spurio sulla eredità de' genitori o de'loro congiunti, veniva per principio di reciprocità riconosciuto il diritto di essi alla eredità del figlio, quante volte questi fosse premorto a loro.

Come si vede, il Diritto Romano non portò nè amore nè odio ai figli illegittimi, e conseguentemente definì i loro diritti conformemente alla natura e alle ragioni giuridiche.

§ 699. Ma il Diritto Germanico, che apportò ne' secoli posterior tanta influenza, fu invece durissimo contro di essi, perchè non essendo sottoposti al *mundio* (vedi § 201) nè del padre, nè della madre naturali, erano respinti dalla eredità di costoro. Tale fu la Legge de' Franchi e de' Borgognoni che venne prevalendo nelle consuetudini francesi. In Italia invece prevalse la Legge Longobarda, la quale concedeva qualche cosa a' figli naturali anche in concorso de' figli legittimi e secondo il numero di questi. Einecio *Elementa Juris. Germanici* Lib. 1 Tit. 7, § 148 e 149, e Lib. 2 Tit. 9, § 227 e 228, Koenigswarter. *Essai sur la législation relative aus enfants nés hors mariage* pag. 19, 54 e 55.

Accadde perciò che in Francia niente si dava a' figli naturali, e in Italia dove più, dove meno, si concedeva loro una qualche cosa.

Il Diritto Canonico concesse benignamente gli alimenti a' figli adulterini e incestuosi. C. 5 *X. de eo qui dux. in matr., quam poll. per adult.*

Così stavano le cose quando sopragiunse la Rivoluzione francese, e la Convenzione stabilì un sistema contrario a quello che vigeva in Francia, ed ammise i figli illegittimi a succedere al padre e alla madre nel modo stesso che i legittimi.

Digitized by Google

Il Codice francese corresse poi codesti eccessi, e limitò di molto la parte a quelli spettante nel caso di riconoscimento, e i Codici italiani presso a poco lo seguirono, ma le Leggi Civili napolitane tenendosi alle consuetudini ch'erano in vigore in questa regione, furono larghe nella successione de' figli naturali alla madre, in vista deila certezza che sempre si à di questa, secondo i dettami del diritto romano (1).

Coniuge

§ 700. Per antico diritto Romano, se il matrimonio era contratto con la *conventio in manum* la moglie passava nella famiglia civile del marito di cui era considerata come figlia (*loco filiae*) e si sciogliea il nesso agnatizio con la famiglia civile dalla quale usciva. Quante volte poi ella si fosse maritata senza la *conventio in manum* avea una dipendenza dal marito, ma rimaneva sotto la podestà del padre suo e nella famiglia civile di costui. Ne abbiamo già parlato al § 146. Poichè l'agnazione era la base della successione intestata, accadeva nel primo caso che se ella premoriva non lasciava successione di sorta, e se premoriva il marito ella gli succedeva come figlia; e nel secondo caso, mancando il vincolo di agnazione, mancava il diritto di successione.

---

(1) Il Codice Civile chiama il figlio naturale a succedere in concorso de'figli legittimi. La quota che gli attribuisce è la metà di quella che gli spetterebbe se fosse legittimo, con facoltà a' figli legittimi di soddisfarla in danaro o in beni immobili ereditarii a giusta stima, e ciò per impedire un eccessivo frazionamento della proprietà, art. 744. Quando il genitore non lasci superstiti figli legittimi o loro discendenti, ma il padre e la madre o l' uno di essi, od altro ascendente, oppure il coniuge, i figli naturali non gli escludono, ma, in omaggio a' rapporti della famiglia legittima, succedono ne' due terzi della eredità, e il resto si devolve agli ascendenti e al coniuge. Se i figli naturali concorrono ad un tempo con gli ascendenti e col coniuge del genitore, detratto il terzo della eredità a favore degli ascendenti, e il quarto a favore del coniuge, la rimanente parte si devolve a' figli naturali, art. 745. Che se poi al genitore non sopravvivano nè discendenti legittimi, nè ascendenti, nè coniuge, i figli naturali succedono in tutta la eredità, sia perchè questi si ammettono anche in concorso de'discendenti legittimi, ciò che forma una concessione molto grave e che deve farli preferire a'collaterali, sia perchè non è dubbia la presunta affezione del defunto, art. 747.

Però conviene conoscere le ragioni che han mosso il Legislatore odierno a sanzionare codesto sistema.

Tutte le legislazioni che aveano vigore in Italia ammettevano un precedente della più alta importanza, del quale cercavano attenuare le conseguenze. Esse a pari del Codice vigente (vedi nota al § 221) ritenevano come atto pienamente legale e giusto il riconoscimento del figlio naturale, quando non era il frutto di una unione riprovata dalla legge, anzi procedevano più oltre: ammet-

Digitized by Google

Ma divenuti rari i matrimonii con la *conventio in manum*, e non avendo il coniuge nei casi ordinarii alcun diritto a succedere all'altro

---

tendo di regola la ricerca della maternità, venivano a promuovere un riconoscimento forzato. Con questo precedente, si veniva significando che il figlio naturale avea il diritto di reclamare un nome, una famiglia, un sostegno nella società. Era un omaggio reso al principio morale e giuridico che ognuno deve sopportare le conseguenze del fatto proprio. La quistione di principio era pertanto risoluta: restava soltanto a regolarne l'applicazione. L'equiparare il figlio naturale al legittimo sarebbe reputato un oltraggio alla famiglia legittima che è base e fondamento della società, ma il respingere assolutamente il figlio naturale a fronte dei legittimi sarebbeun oltraggio al vincolo del sangue, una contraddizione a' diritti ed ai doveri proclamati dalla stessa legge col riconoscimento volontario o forzato.

Nè si può pensare che si offenda la coscienza pubblica chiamando a succedere il figlio naturale in concorso dei figli legittimi. Questa offesa si potè scorgere nell'unione non santificata dal matrimonio, ma venne in certa guisa coverta dalla legge, allorchè fu stabilito come riparazione il riconoscimento. Nè può destare serie apprensioni dopo che la legge ammettendo il riconoscimento orzato per parte dei genitori, non si è arrestata davanti la pubblicità di un dibattimento giudiziario sul punto della filiazione.

D'altronde nessuno dei Codici che vigevano in Italia ha diniegato assolutamente ogni diritto al figlio naturale sulla eredità de' genitori, per trovarsi egli a fronte dei figli legittimi, dapoichè il diritto agli alimenti fu riconosciuto da tutti.

Se non che, ammesso oggi il riconoscimento come base della paternità, maternità e filiazione naturale, e della successione tra genitori e figli naturali, ne seguiva che il rapporto giuridico dovea limitarsi soltanto a'genitori pe'quali quel riconoscimento vi fosse stato, senza che si potesse tale rapporto estendere ai congiunti de' genitori medesimi. La ragione è che il solo matrimonio costituisce la famiglia che dà origine alla parentela, non avendo tale forza un riconoscimento di un ligame che è soltanto naturale, e che non è contratto solennemente innanzi agli occhi della società, ond'è disposto nell'art. 749 che il figlio naturale non ha diritto su' beni de' congiunti del padre o della madre.

Ma sempre il figlio naturale dev'esser contento a ciò che la Legge gli concede per successione intestata, senza poter godere di una maggior largizione che il genitore volesse fargli quando vi sieno discendenti o ascendenti legittimi, art. 768, come si è detto in nota al § 575, per lo che è disposto che il figlio naturale deve imputare alla porzione in cui succede tutto ciò che ha ricevuto da' genitori e sia soggetto a collazione, art. 746.

Del rimanente, e sempre a base del riconoscimento, si ammette la rappresentazione a vantaggio de' discendenti legittimi del figlio naturale premorto per reclamare i diritti stabiliti a favore di costui, art. 748.

Regolata così la successione del figlio naturale alla eredità de' genitori, conveniva dare norma pel caso inverso cioè per la successione de' genitori naturali alla eredità del figlio. Per lo che il Codice dispone che se questi muore senza lasciar prole nè coniuge, la sua eredità è devoluta a quello de' genitori che lo ha riconosciuto, o del quale sia stato dichiarato figlio, ovvero per metà a ciascuno de' genitori se vi fu riconoscimento o dichiarazione per ambidue,

Digitized by Google

coniuge, vi soccorse il Pretore con l'editto *unde vir et uxor*, per lo quale il coniuge non divorziato avea diritto di succedere nella inesistenza di parenti legittimi. Vedi § 686.

Fu questo realmente uno scarso beneficio, perchè è difficile che alcuno muoia senza lasciare parenti legittimi di grado anche lontano, ma è certo che l'editto pretorio modificò profondamente il sistema ereditario, perchè non solo fece valere la presunta affezione, ma vantaggiò tutti e due i coniugi.

Così il diritto rimase fino a Giustiniano, il quale, tenero come era per le donne, dispose che la moglie povera avesse diritto a succedere in concorso di qualunque altro erede legittimo prendendosi la porzione virile se mai gli eredi fossero più di tre, e la quarta parte se gli eredi fossero in numero minore. Di regola ella acquistava la proprietà; ma se gli eredi fossero stati i figli, ella aveva il solo usufrutto. Novella 53, Cap. 6, § 2. Novella 117, Cap. 5.

In tale quarta parte consiste la famosa *quarta ussoria* che generalmente si ritenne dopo i tempi romani, non a favore della sola moglie povera, ma bensì del coniuge povero sopravvivente (1).

art. 750. E se al figlio naturale morto senza prole sia superstite anche il coniuge, l'eredità si devolve per una metà al coniuge e per l'altra metà al genitore, od a' genitori pe' quali vi sia stato riconoscimento o dichiarazione forzosa, art. 750.

Il Codice poi, seguendo la benignità del Diritto Canonico, concede gli alimenti a' figli adulterini e incestuosi, art. 752.

(1) Per Codice Civile le sorti del coniuge superstite si sono risollevate. La successione è altrettanto naturale e razionale quanto la successione tra gli altri congiunti, o che questa si faccia derivare dal vincolo di parentela o dalla presunta affezione. L'intima società che ha luogo tra marito e moglie, la comunanza di affetto, l'assidua e comune partecipazione ai travagli della vita, le comuni cure prestate alla prole costituiscono rapporti tali che la legge non può e non deve disconoscere. La presunta affezione che serve di norma nel determinare la successione intestata non può esser posta in dubbio fra i coniugi. Era poi degradante e causa di arbitrio e di liti rovinose la limitazione per la povertà dol coniuge sopravvivente.

Pertanto il coniuge è chiamato alla successione dell'altro anche in concorso dei discendenti legittimi del defunto; ma la sua quota è soltanto di usufrutto. Essa è eguale alla quota di successione che spetterebbe a ciascun figlio, comprendendo nel numero dei figli anche il coniuge : è una virile per determinare la quale si computano e coniuge e figli. In nessun caso tale quota di usufrutto può eccedere il quarto dell'eredità.

Mancando i discendenti, la quota di successione viene devoluta al coniuge in proprietà. Essa varia di misura secondochè il coniuge si trovi in concorso con ascendenti con fratelli e sorelle o loro discendenti, con ascendenti o figli naturali, o con altri parenti in grado successibile. La eredità vien devoluta per intero al coniuge sopravvivente quando non vi sono parenti successibili entro il sesto grado, art. 753, 754, 755.

Ma i diritti di successione accordati al coniuge snperstite vengono a man-

Digitized by Google

Stato

§ 701. Mancando tutti i parenti legittimi e il coniuge, succede il fisco, che qualche scrittore chiama *pater omnium*. In altri termini è la patria, verso cui si presume che il defunto abbia affezione. Per altro la vera ragione per la quale lo Stato in tal caso viene a succedere è che trattasi di beni vacanti, dei quali il Fisco s'impossessa come ente collettivo, e rappresentante eminente dei grandi e permanenti interessi della società civile.

Tuttavia per diritto romano al fisco erano preferiti:

1. Le chiese ed i conventi pei beni dei chierici e dei monaci. L. 20 Cod. *de episcopis et clericis* 1, 2; Nov. 5 Capo 5; Nov. 131 cap. 13.

2. La legione dei soldati pe' beni del commilitone. Fr. 7 § 7 *de injusto, rupto, irrito testamento* 28, 3; L. 2 Cod. *de hereditatibus decurionum* 6, 62.

3. Altre comunità, come quella dei decurioni, dei barcaiuoli, ec. pei beni lasciati dal componente della propria corporazione. L. 1, 3 e 5 Cod. *de hereditatibus decurionum* 6, 62 (1).

---

care nel caso in cui il defunto avesse ottenuto sentenza di separazione personale passata in giudicato, art. 757. La ragione è che quando si sono conculcate le relazioni di affetto e furono violati i doveri coniugali, il coniuge che diede motivo alla separazione non può esser chiamato a succedere per affezione presunta dell'altro senza fare oltraggio alla verità ed alla coscienza pubblica. Ciò serve anche a rattenere i coniugi nell'adempimento dei loro doveri. Quando la armonia domestica possa venire scossa nei sentimenti dell'affezione, nulla osta che la legge ponga in moto la molla dell' interesse per produrre effetti analoghi.

Del rimanente il coniuge concorrendo con altri eredi deve imputare alla sua porzione ereditaria ciò che acquista in forza delle convenzioni matrimoniali e dei lucri dotali, art. 756.

(1) Anche oggi in mancanza delle persone chiamate a succedere per legge, l'eredità si devolve al patrimonio dello Stato, art. 758.

Ma non vi è corporazione che prevalga ad esso, nè si son volute considerare per ragioni di equità quegli istituti di beneficenza pe' quali si può presumere che il defunto serbi affetto, come per esempio per l' Ospizio che avesse raccolto ed educato un esposto morto poi senza moglie e senza figli. La ragione è che si sarebbe travisato e sconvolto il sistema delle successioni intestate, il quale deve dipendere unicamente dai fatti costanti della parentela e del vincolo coniugale.

Digitized by Google

REGOLE COMUNI ALLA SUCCESSIONE TESTATA E INTESATA

IDEA GENERALE

§ 702. Morto alcuno, si presentano subito svariate necessità — I dominii non possono soffrire interruzione, e intanto niuno può esser costretto a continuare la personalità giuridica del defunto, e può anche non conoscersi chi sia l' erede — L' interesse si ridesta potente e in quelli che son chiamati eredi , e ne' creditori del defunto, e il dubbio li agita, perchè gli uni vogliono sempre scansare il pericolo di pagare oltre le forze ereditarie, e gli altri vogliono sempre veder salve le loro ragioni — Essendo più gli eredi, si rende necessaria la divisione dell' attivo e del passivo , ed è mestieri mantenere il più che è possibile l' eguaglianza fra loro — Le eredità allettano, onde è facile un contrasto intorno alla qualità ereditaria.

A codesti diversi bisogni, tutte le Leggi àn sempre provveduto, e così;

Al passaggio de'beni, con gl' istituti — 1 dell' apertura della successione — 2 della devoluzione della eredità — 3 dell' eredità giacente.

Alla libertà nella continuazione della personalità giuridica altrui, con — 4 l' adizione della eredità — 5 la rinunzia di essa.

All' interesse degli eredi e de' creditori, con — 6 il diritto di deliberare — 7 il beneficio d' inventario — 8 la separazione de'beni.

Alla distribuzione dell' attivo e del passivo fra coeredi, con — 9 la divisione de' beni ereditarii — 10 il pagamento de' debiti.

Alla uguaglianza fra coeredi — 11 con la collazione ed imputazione.

Al contrasto per la qualità di erede — 12 con la petizione di eredità.

De' quali istituti tutti verremo parlando nel modo più chiaro e più breve.

Digitized by Google

Passaggio de' beni

Apertura della successione e devoluzione di essa

§ 703. L' apertura della successione va distinta dalla devoluzione di essa, perciocchè l' una si à quando muore la persona della cui eredità si tratta, e l' altra quando l' erede è in grado di far suo il patrimonio del defunto.

Or che la successione di una persona si apra al momento della morte naturale di lei, non può punto dubitarsi. Ma può esser dubbio se una persona sia viva o morta, e può anche accadere che non si sappia chi sia morto prima e chi dopo tra più persone perite in uno stesso infortunio, e intanto la priorità nella morte può menare a gravi conseguenze. Così, pongasi una famiglia composta di padre, madre, ed unico figlio, e che il padre e il figlio siano morti uniti in un sinistro marittimo, in un incendio ecc. Se è morto prima il figlio, gli succedono il padre e la madre *aequa lance*, e se dopo del figlio è morto il padre, a costui succèdono i suoi parenti, e la madre avrà la parte esigua che le tocca come coniuge; se invece è morto prima il padre, gli succede il figlio, e se dopo è morto costui, gli succede la madre. Quando poi fossero morti padre e figlio nello stesso momento, non avrà luogo trasmissione di eredità da padre a figlio, o viceversa, ma si applicano le norme generali, onde al figlio succederà la madre, e al padre succederanno i suoi parenti avendo il coniuge ciò che le spetta in tali qualità.

Per cosiffatti casi di dubbio sulla vita o sulla morte di alcuno, e di dubbio se una persona sia morta prima o dopo di un altro, à luogo la teoria che abbiamo esposta a' § 80 e 81 (1).

Se non che per diritto romano riconoscevasi anche la morte civile, la quale era costituita dalla perdita dello stato di libertà o di cittadinanza, il che ordinariamente accadeva per condanna — Veggasi § 108 — In tal caso non aprivasi la successione perchè non poteva avere un continuatore nella personalità giuridica chi da libero fosse divenuto servo, *res mancipi*, o da cittadino fosse divenuto straniero —*adversus hostes aeterna auctoritas esto*. Onde i beni come vacanti appartenevano al fisco fr. 3 *de interdictis et relegatis* 48, 12; fr. 1, e 2 *de bonis damnatorum* 48, 20; L. 2 Cod. *ibidem* 9, 49. Per codesti casi di apprensione di beni da parte del fisco, si fecero delle eccezioni più o meno larghe in favore degli eredi del

(1) In nota a tali §, è esposta la teoria del Codice Civile.

sangue, e la più provvida fu quella di Giustiniano, il quale preferì al fisco i discendenti e gli ascendenti fino al terzo grado — Nov. 134 Cap. ult. (1).

§ 704. Riguardo poi alla devoluzione, questa si à quando l'erede è in grado di raccogliere la eredità — *Delata hereditas dicitur, quam quis possit adeundo consequi.* Fr. 151 *de verborum significatione* 50, 16. Così, l'erede istituito sotto condizione non può avere l' eredità se l' evento non si verifichi; il concepito non può averla se non nasca con le condizioni dalla legge richieste per aversi la personalità fisica.

Ma la devoluzione della eredità accadeva per Diritto Romano in alcuni casi di pieno dritto, ed in altri in seguito alla adizione cioè all' accettazione, secondochè l' erede rientrava in una anzichè in altra classe.

Gli eredi venivano distinti in tre classi, cioè *necessarii*, *sui et necessarii*, e *voluntarii*. *Necessarii* erano i servi istituiti eredi col testamento, alla cui base restavano anche liberati — *Sui et necessarii* erano i figli soggetti alla patria podestà del defunto al momento di sua morte — *Voluntarii* erano gli estranei.

Or per gli eredi *necessarii* e *sui et necessarii* la devoluzione accadeva di pieno diritto, cioè il passaggio e la traslazione dell' eredità avvenivano per opera di legge, senza bisogno di accettazione, onde la massima — *Heredes sui hereditatem ipso jure adquirunt* — § 3 Inst. *de hereditatibus quae ab intestato deferuntur*, 3, 1. *Paulli sententiae* 4. Tit. 8, § 5, e 6.

Essi anzi non potevano rinunciare alla eredità. Ma il Pretore diede poi a' servi il *beneficium separationis* per lo quale i creditori del defunto non potevano rivolgersi su' beni che il servo avesse acquistato dopo la sua liberazione ; e concesse a' figli il *beneficium abstinendi* per non costringerli a pagare tutti i debiti del padre , o a soffrir l' ignominia di veder venduti i beni sotto il propio nome. Tali facoltà erano pe' servi subordinate alla condizione che niente avessero toccato della eredità del padrone, e pe' figli che non si fossero immischiati nella eredità paterna facendo atti di erede, e che non avessero sottratto da esse qualche cosa — § 2 Inst. *de heredum qualitate et differentia* 2, 19. Fr. 11, 12, 57 pr. e 71 § 4 *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2.

Per gli eredi volontarii, cioè per gli estranei, la devoluzione, vale

(1) Per Codice Civile, come abbiamo già detto in nota al § 108, non è riconosciuta la morte civile, per lo che oggi la successione si apre per la sola morte naturale, art. 923 Cod. Civile, e art. 3 disposizioni transitorie di esso.

Digitized by Google

a dire il passaggio e la translazione della eredità, avveniva dopo che l' avessero adita, cioè dopo che l'avessero accettata secondo le norme che ora si esporranno (1).

Libertà nella continuazione della personalità giuridica altrui

Adizione dell' eredità

§ 705. Aperta la successione, e devoluta a qualcuno, conviene che questi l' adisca o la rifiuti.

L' adizione , parola generica , comprendeva qualunque specie di accettazione, la quale faceasi in tre modi diversi, cioè — 1 per crezione — 2 per adizione propriamente detta — 3 per gestione come erede (2).

La crezione consisteva nell' ordine che il testatore dava all' erede di accettare la eredità in un termine che gli prefiggeva, e nell' obbligo dell' erede medesimo di accettare entro tal termine e in modo e parole solenni, sotto pena di decadenza — Lo scopo era d' impedire che la eredità rimanesse lungo tempo incerta, e di dare intanto agio all' erede di esaminarne le forze e decidersi dentro il termine assegnato: ecco perchè codesta forma si chiamava *cretio*, quasichè l'erede avesse dovuto *cernere*, cioè vagliare, ben discernere ciò che faceva, Gaj. Com. 2. § 164 e seg. Ma il rigore del diritto venne sempre temperandosi, e debilitandosi quello delle forme, e la crezione perdè di forza al segno che a' tempi di Giustiniano non era più in uso.

---

(1) Per Cod. Civ. tutti gli eredi sono volontarii , e per tutti si applica il principio che appena accada la devoluzione della eredità, si opera l'immediata traslazione della proprietà e del possesso della eredità. Ciò significa il principio odierno che *il morto impossessa il vivo.* In altri termini oggi si ritiene che appena l' erede è in grado di aver la eredità , egli si trova al luogo e posto del defunto per opera di legge senza bisogno di alcun atto o di alcuna parola, ma deve però accettare o rifiutare la eredità medesima, art. 925 e 926. L'accettazione non ha altro effetto che quello di consolidare le giuridiche conseguenze della devoluzione e di rendere impossibile una posteriore rinunzia, art, 933. La rinunzia mena all' effetto di considerare l' erede come se non fosse mai stato tale, art. 945. Si vede che oggi si è ritenuto per tutti gli eredi il principio che in Diritto Romano era pei soli figli , con la sola differenza che questi per Diritto Romano non avean l' obbligo di accettare o rinunziare, ma aveano la sola facoltà di rinunciare *(abstinere)*, mentre oggi una accettazione almeno tacita è necessaria, art. 934 , e se passano 30 anni senza che l' erede abbia accettato o rinunziato , la facoltà di accettare è prescritta , art. 962, ed egli non sarà più erede.

(2) Per Codice Civile si riconoscono soltanto i due ultimi modi. Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

L' adizione della eredità era la manifestazione della volontà espressa, sia a parole sia in iscritto, di accettare la eredità. Si diceva adizione, quasichè l' erede andasse ad essa, *ire ad hereditatem* (1).

La *gestio pro herede* si à *rebus ipsis et factis*, cioè quando la volontà si manifesta non espressamente ma tacitamente. Il principio di diritto romano a questo riguardo è che l' erede allora accetta tacitamente quando *aliquid quasi heres et animo heredis facit*, cioè nel fatto debbono apparire e la qualità di erede e la volontà di agire come tale. Così, la vendita che l' erede faccia de' suoi diritti di eredità, è senz' altro una *gestio pro herede*, perchè quegli si sveste de'suoi diritti rivestendone altri per un determinato prezzo, onde la volontà di adire riesce evidente. Fr. 24 *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2. Fr. 2, *si quis omissa causa testamenti* 29, 4. Ma se l'erede avesse invece coltivato i campi, interrotta qualche prescrizione, esatto qualche credito, è dubbio se abbia piuttosto agito per conservare le cose ereditarie, *pietatis et custodiae caussa*. Fr. 20 pr. *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2, e la quistione va risoluta nel fatto dal prudente arbitrio del Magistrato (2).

§ 706. Può accettare la eredità chi à la capacità di ricevere per testamento, secondo la norme già esposte a' § 571 a 579. Ma chi abbia tale capacità, e manchi di quella di obbligarsi, come i matti, i fanciulli ec., deve integrare la propria personalità per potere accettare una successione, perchè chi l' accetta si obbliga a pagare i legatarii e i creditori, fr. 93 *de acquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2, fr. 40 *de regulis juris* 50, 17; L. 18 pr. e § 1 e 2 e L. 18 § ult. Cod. *de jure deliberandi* 6, 30; L. ult. § 3 Cod. *de curatore furiosi* 5 70. Anzi per diritto romano il figlio di famiglia potea far testamento pel suo peculio castrense o quasi castrense, come si è detto al § 569 n. 3, ma non potea accettare una eredità *sine jussu patris*.

La ragione era che la fazione del testamento risentiva del diritto politico, mentre l'accettazione della eredità era tutta di ordine privato per lo quale la personalità giuridica del figlio era assorbita da quella del padre. Ma Giustiniano dispose che il figlio maggiore di

(1) Per Codice Civile non è usata la parola *adizione*, sibbene quella di *accettazione*, la quale se è espressa, deve risultare da uno scritto, non ammettendosi l'accettazione a parole, art. 934 — Un atto così importante non può appoggiarsi a fugaci parole e alla prova di testimoni — Come oggi non si ammettono testamenti fatti a voce, cioè nuncupativi (vedi nota a § 564), così non si riconosce accettazione a voce, ma è richiesto che si assuma il titolo o la qualità di erede in un atto pubblico o in una privata scrittura.

(2) Per Codice Civile la teoria è identica, art. ed arg., art. 934 a 938. Anzi il Codice discende in tali articoli a più minuti particolari.

Digitized by Google

età, anche malgrado il padre, potea accettare l'eredità deferitagli, e che gli restava come peculio in piena proprietà. L. ult. pr. e § 1, Cod. *de bonis quae liberis in potestate* 6, 61 (1).

Intanto la natura indivisibile della qualità ereditaria, le conseguenze giuridiche di essa, e la tutela dovuta a' diritti de' creditori àn consigliato il Legislatore a disporre che l'accettazione deve farsi in modo assoluto, cioè senza condizione, sospensiva o risolutiva che sia, senza termine, e senza limite ad una parte soltanto della eredità, fr. 1, 2, 34, e 51 § 2 *de acquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2; L. 20 Cod. *de jure deliberandi* 6, 30; Inst. § 9, *de heredibus instituentis* 2, 14 (2).

Ad ogni modo però la facoltà di accettare dura trenta anni, L. 8 Cod. *de jure deliberandi* 6, 30. L. 7 Cod. *de hereditatis petitione* 3, 31, se pure gl'interessati non avessero fatta istanza perchè l' erede deliberasse; ovvero non vi fosse stato il beneficio d' inventario, dei quali istituti or ora terremo parola (3).

§ 707. Rimane ora a parlare degli effetti dell' accettazione. Essi sono sette:

1. L'erede subentra nel luogo del defunto ed è il rappresentante giuridico di lui *in omne jus* tanto attivamente quanto passivamente; cosicchè resta obbligato verso i creditori di quello anche oltre il valore dei beni ereditarii, se pure non siasi avvalso del beneficio di inventario, del quale terremo parola fra poco. Fr. 31 e 53 § 1, Fr. 80 *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2 (4).

2. I beni del defunto si confondono con quelli dell'erede e rimangono estinti i diritti e le obbligazioni che ripassavano tra loro, sempre

(1) Per Codice Civile è anche necessaria la capacità di succedere per accettare l'eredità, secondo le norme spiegate in nota a' § 571 a 579, e per quelli che non hanno la capacità civile è necessario non solo il consenso di coloro che debbono rappresentarli o assisterli, ma alcune volte anche dell' autorizzazione giudiziale, e inoltre l'accettazione dev'essere fatta con beneficio d'inventario. L' obbligo dell' erede di pagare i legatarii e i creditori ha fatto andar molto cauto il nostro Legislatore, art. 226, 296, 319, 930, 931, 932.

Quante volte poi pel figlio minore il padre non possa o non voglia accettare una eredità, il Tribunale, a richiesta del figlio o di alcuno de' parenti, od anche sull'istanza fatta d'ufficio dal Procuratore del Re, potrà autorizzare l'accettazione, premessa la nomina di un curatore speciale e sentito il padre, articolo 226. È difficile che il padre si rifiuti al vantaggio del figlio, ma se ciò accada, per esempio per qualche inimicizia che ripassava tra il padre e il defunto, e il Tribunale, ciò non ostante permetta l'accettazione, il padre perde sulla eredità così adita l'usufrutto legale, art. 229, n. 3.

(2) Per Codice Civile la teoria è uniforme, art. ed arg., art. 851, 929, 945.

(3) Per Codice Civile la teoria è uniforme, art. 943.

(4) Teoria uniforme, art. 968, 1027, 1029.

Digitized by Google

quando l'accettazione non siesi fatta col medesimo beneficio. L. 10, Cod. *de jure deliberandi*, 6, 30 (1).

3. L'erede con l'accettazione dell'eredità resta obbligato a pagare i legatarii, ma ne' limiti delle forze ereditarie se abbia accettato con tale beneficio. § 5, Inst. *de obbligationibus quae quasi ex contractu nascuntur* 3, 28 (2).

4. L'erede che non abbia ancora adito l'eredità non la trasmette a' suoi eredi. L. un. § 5 Cod. *de caducis tollendis* 6, 51. Ma se l'erede sia stato un figlio, egli invece sempre la trasmette ai suoi discendenti. La ragione è che nel figlio l'eredità del padre passava *ipso jure*, ciò che non era per l'estraneo come abbiamo detto al § 704 (3).

5. L'accettazione è retroattiva al giorno della morte del defunto Fr. 54 *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2. Fr. 138 e 197 *de regulis juris* 50, 17 (4).

6. L'accettazione è irrevocabile anche quando riesca dannosa, onde non si può impugnare per lezione, ma se l'accettazione fosse stata effetto di dolo o di violenza può domandarsi la restituzione in intero. Fr. 6 § ult. *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2. Fr. 1. § 1 e Fr. ult. *de dolo malo* 4, 3; Fr. 32 *mandati* 7, 1. L. 16 Cod. *de jure deliberandi* 6, 30 (5).

7. Quante volte si fosse scoperto un testamento dopo deferita la successione *ab intestato*, l'erede non può essere astretto a soddisfare i legati, oltre il valore dell'eredità. La ragione è che un erede deve essere in grado di conoscere i pesi ereditarii per poterseli accollare con un'accettazione pura e semplice, fr. 22, 23, 93, pr. *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2 (6).

---

(1) Teoria uniforme; arg. art. 968.

(2) Teoria uniforme, arg., art. 868, 968, 969.

(3) Per Cod. Civ. la eredità passa per tutti *ipso jure*, onde la regola odierna che il morto impossessa il vivo (vedi la nota al § 704). Di che segue che quello a cui favore si è aperta una successione, se muore senza averla accettata espressamente o tacitamente, trasmette ai suoi eredi il diritto di accettarla, art. 939.

(4) Teoria uniforme, art. 933. Ma il Codice aggiunge che sono salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzione a titolo oneroso fatta di buona fede coll'erede apparente. Ciò era richiesto per la certezza della trasmissione della proprietà e per rialzare il credito immobiliare in rapporto al nuovo sistema ipotecario, art. 933 cap. 1.

(5) Teoria uniforme, art. 942.

(6) Teoria uniforme, art. 942 cap. 2 Cod. civ., il quale aggiunge che resta all'erede pur salva la legittima che gli sia dovuta. La ragione è tutta di equità, poichè non sarebbe comportabile che il legittimario, il quale ha accettato puramente e semplicemente la eredità, credendo di non aver da temere alcun creditore, si vedesse poi menomata e tal fiata assorbita tutta la sua legittima da semplici legatarii scritti in un testamento del quale ignorava la esistenza.

Digitized by Google

Rinuncia all'eredità

§ 708. Abbiamo già innanzi veduto al § 554 che è vietata la rinuncia all'eredità di un uomo vivente, e ne abbiamo esposto a lungo le ragioni.

Ma è permesso di rinunciare a quella di un defunto, non potendo alcuno esser costretto ad assumere la rappresentanza della personalità giuridica altrui ed a sostenerne i conseguenti pesi.

La rinuncia alla eredità prendeva il nome proprio di *astensione* quante volte si fosse fatta dai figli, e di *repudiazione* se si fosse fatta dagli estranei.

Essa come atto di volontà, a somiglianza dell'accettazione poteva esser fatta in iscritto a parole e coi fatti. Fr. 95 *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2 (1).

Può rinunziare alla eredità chiunque può alienare, onde per quelli i quali non ne hanno la capacità è necessario il concorso di coloro che integrino la loro personalità, come del padre, del tutore, del curatore ecc. L. 5, Cod. *de repudianda vel abstinenda hereditate* 6, 31 (2).

La rinuncia ha molta affinità coll'accettazione, riducendosi entrambe ad un atto di volontà per lo che — 1 deve essere fatta in modo assoluto cioè in tutto e non in parte, senza condizioni, e senza termine, Fr. 1, 2, 34 e 51 § 2 *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2 (3) — 2 è retroattiva al giorno della morte del defunto, Leg. 1 seg. Cod. *de repudianda vel abstinenda hereditate* 6, 32 (4) — 3 ed è irrevocabile. Ma per Diritto Romano si faceva eccezione in quanto ai figli, ai quali era permesso di accettare la eredità anche quando avessero dichiarato di volersi astenere, purchè non fosse stata accettata da altri eredi, i quali avessero alienato le cose ereditarie. Fr. 10 *de collatione*. 37, 6; L. ult. Cod. *de repudianda vel abstinenda hereditate* 6, 31 (5) — 4 e può per la rinuncia al pari dell'accettazione doman-

---

(1) Per Cod. civ. è ammessa la rinuncia soltanto in iscritto mediante una dichiarazione presso la cancelleria della pretura in cui si è aperta la successione sopra un registro tenuto all'uopo, art. 944. La ragione è che si son voluti evitare dubbii e si è voluto dare agio a chiunque abbia interesse di potersene accertare.

(2) Teoria uniforme, art. 226, 296, 301, 317, 319.

(3) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 851, 929, 945.

(4) Teoria uniforme, art. 945.

(5) Per Cod. Civ. la eccezione fatta pei figli è passata ad essere regola per tutti, perlocchè fino a quando il diritto di accettare una eredità non sia prescritto contro gli eredi che vi hanno rinunciato, questi possono ancora accettarla, quando non sia già stata accettata da altri eredi, senza pregiudizio però delle ra-

Digitized by Google

darsi la restituzione in intero se l'erede l'abbia fatto per dolo o per violenza — Arg. Fr. 6 § 11 *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2. Fr. 1 § 1 Fr. ult. *de dolo malo* 4, 3 (1).

Se si fosse sottratta o nascosta una cosa dell' eredità da chi vi rinuncia, si ritiene l'erede come avesse accettato puramente e semplicemente, perchè l'apprendere una qualche cosa significa per l'erede una accettazione, o almeno una gestione *pro herede*. Fr. 21 e Fr. 71, § 4 *de adquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2 (2).

Eredità giacente.

§ 709. Quando alcuno muore, può accadere che i beni restino abbandonati non sapendosi chi è l'erede.

Può non sapersi, o perchè non se ne abbia alcuna notizia, come morendo qui uno sconosciuto Indiano, ovvero perchè ha rinunziato l'erede testamentario o legittimo e s' ignori chi sia e se vi sia altro successibile.

Che se si sappia chi è l' erede, l' eredità non è punto giacente, anche quando egli non prenda il possesso e l' amministrazione dei beni ereditarii — In tal caso i creditori possono agire contro l'erede noto, affinchè dichiari se voglia accettare o no, e proseguire il giudizio dopo l' accettazione di lui, o di altri, restando nel frattempo le azioni in sospeso. Veggasi quanto di seguito si dirà intorno al diritto di deliberare (3).

Questa larghezza verso l'erede dovea permettersi perchè egli può prendere o no il possesso e l'amministrazione, accettare o rinunziare, finchè non sia prescritta la facoltà di accettare, ovvero *instantibus creditoribus* non vi sia costretto col *jus deliberandi*.

La importanza che ha la istituzione di erede e le gravi conseguenze dell'accettazione consigliavano una latitudine somigliante.

Resti dunque fermo e fisso che per esservi eredità giacente, debbono riunirsi due condizioni, cioè: 1° che i beni ereditarii restino abbandonati — 2° che non si sappia chi è l' erede. Fr. 20, § 20 *in fin. ut in possessionem legatorum* 36. 4; Fr, 13, § 5 *quod vi aut clam* 43. 24.

---

gioni acquistate dei terzi sopra i beni della eredità tanto in forza della prescrizione quanto di atti validamente fatti col curatore dell' eredità giacente, art. 950.

(1) Teoria uniforme, arg., art. 942 e 1108.

(2) Teoria nniforme, art. 953.

(3) Per Cod. Civ. non restano le azioni in sospeso. L'erede è curatore di diritto, e se non comparisce si destina altro curatore — Veggasi quanto si dirà in nota al diritto di deliberare.

Digitized by Google

La legge dovea provvedere a un tale stato di cose per ragioni di ordine pubblico e di ordine privato.

D'ordine pubblico per la conservazione dei patrimonii.

D'ordine privato perchè — 1° deve essere tutelato l'interesse dello erede che può presentarsi, ovvero l'interesse dello Stato che raccoglie i beni se niuno si presenti — 2° deve tutelarsi l'interesse dei creditori e de' legatarii.

Intrecciandosi così tanti interessi della società, dell' erede quando sarà noto, de' creditori, e de' legatarii, la legge eleva il patrimono del defunto a persona giuridica e vuole che vi sia destinato un curatore, il quale ha le attribuzioni di ogni altro curatore. — Veggasi ciò che si è detto al § 126 (1).

Se vi è istanza dei creditori, essi hanno il possesso dei beni, ed uno di loro per comune consenso, o, in caso di dissenso, d'ufficio dal Magistrato, sarà il curatore — Se non vi è istanza de' creditori, il Magistrato destina un curatore di ufficio — Fr. 2. pr. e Fr. ult. *de curatore bonis dando* 42. 7 — Fr. 8, § ult. *de rebus auctoritate judicis possidendis* 42. 5 (2).

Il curatore non essendo nè più nè meno di un amministratore, deve provvedere alla conservazione del patrimonio, al pagamento dei debiti e de' legati, e deve render conto al termine del suo ufficio, il quale finisce — 1° quando l' erede sconosciuto si rende noto ed accetti — 2° o quando si abbia la certezza che eredi non vi sono, la quale certezza, se non può aversi altrimenti, si otterrà con la prescrizione trentenaria, che fa perdere la facoltà di accettare.

Verificatasi l' accettazione, l' effetto di essa risale al giorno in cui si è aperta la successione. Fr. 4 *de adquirenda vel omittenda haereditate* 29. 2.

Avuta invece la certezza che non vi sono eredi, la eredità da giacente passa ad essere vacante e la si deferisce allo Stato — Fr. 13. § 9 *de hereditatis petitione* 5. 3. Fr. 2. *de successorio edicto* 38. 9 (3).

---

(1) Per Cod. civ. l'eredità giacente non è ritenuta come persona giuridica.— Se ne veggano le ragioni in nota al § 126.

(2) Per Cod. civ. il curatore si destina sempre dal Magistrato, art. 981.

(3) Per Cod. civ. la teoria è uniforme, art. 933, 982, 983, e 758.

Digitized by Google

Interesse degli eredi e de' creditori.

Diritto di deliberare.

§ 710. Il diritto di deliberare, *jus deliberandi*, fu opera del pretore. Fr. 23, § 1 *de heredibus instituendis* 28. 5; Fr. 1. § 1, *de jure deliberandi*, 28. 8.

La ragione di codesto diritto è che l'accettazione dell'eredità può di regola farsi fino a che non sia prescritta, cioè fino a che non sian decorsi 30 anni dal giorno della morte di quello della cui successione si tratta, e in così lungo tempo può premere all'erede di esaminar bene le forze ereditarie prima di decidersi a fare una accettazione espressa o tacita; può premere ai debitori, ai legatarii di esser pagati, ai coeredi di procedere alla divisione, e l'erede compulsato pel pagamento o per la divisione, non può certamente esser costretto a dichiarare all'istante se accetta o no, ed ha bisogno di un qualche breve termine per decidersi. Onde si ebbe l'istituto del diritto di deliberare, il quale è definito — *Spatium heredi concessum intra quod in vires hereditatis et aes alienum inquirere simulque decernere possit, utrum adire, an repudiare hereditatem velit.*

Quante volte non vi sia stata istanza degli interessati l'erede può accettare l'eredità fino a che la facoltà non sia prescritta, cioè fino a 30 anni (veggasi quanto è detto nell'accettazione dell'eredità al § 705).

Ma se mai gli interessati avessero fatta istanza, egli deve rispondere se accetta o no, ed all'uopo, per antico diritto Romano, gli si assegnava un congruo termine secondo il bisogno, il qual termine ordinariamente era di cento giorni. Di poi si protrasse a nove mesi se era concesso dai Magistrati e ad un anno se era dato dall'Imperatore. L. 22. § 13 Cod. *de jure deliberandi*. 7. 30.

Poteva accadere o che l'erede rispondesse sì, o che rispondesse no, o che non rispondesse affatto, e dopo che venne inventato l'altro istituto del beneficio dell'inventario, di cui or ora parleremo, poteva accader pure che l'erede avesse risposto di volere accettare con tale benefizio.

Se l'erede rispondea di sì, egli era ritenuto come erede puro e semplice, ed aggiungendovi di volere il benefizio d'inventario, gli si dava facoltà di agire nel modo per esso stabilito.

Se l'erede rispondeva di no, si avea la rinuncia di lui.

Se poi avesse taciuto, per Diritto Romano v'era una presunzione diversa, che, traea dal suo silenzio si secondochè la istanza si fosse

Digitized by Google

fatta dai sostituiti e dagli eredi legittimi, ovvero dai creditori e dai legatarii. Per quelli, il silenzio s'interpetrava per la negativa. Fr. 69 *de adquirenda vel omittenda hereditate.* 29. 2: — Per gli altri s'interpetrava invece per l'affermativa. Fr. 11. § 4. *de interrogationibus in jure faciendis* 11. 1. Fr. 18. § ult. *de probationibus* 22. 3. La ragione era che chi viene interpellato in giudizio ha l'obbligo di rispondere, e se non lo fa, il silenzio deve interpetrarsi contro di lui, onde per i sostituiti e per gli eredi legittimi si dava a quello l'obbligo di consegnare la eredità, e per i legatarii e creditori l'obbligo di pagare.

Del rimanente il diritto di deliberare si trasmetteva agli eredi quante volte non fosse scorso il termine assegnato e pel solo tempo che restava a decorrere. L. 19. Cod. *de jure deliberandi* 7. 30 (1).

Beneficio d'inventario.

§ 711. La definizione è—*jus quo heres, rite confecto inventario, post aditam hereditatem, ultra vires hereditatis non tenetur.*

In origine questo benefizio era dei soli militari, vale a dire ai militari istituiti eredi si concedea il privilegio di non pagare oltre le forze ereditarie.

---

(1) Per Cod. civ. il diritto di deliberare è stato ritenuto, e le norme son diverse secondochè tale diritto si eserciti congiuntamente al benefizio di inventario, ovvero senza che questo vi sia.

Pel primo caso, cioè per quello in cui il diritto di deliberare va congiunto col benefizio d'inventario, si parlerà or ora discorrendo di tale benefizio.

Per il secondo caso poi, il Codice nell'art. 951 dispone che se l'erede sia chiamato in giudizio da chi ha interesse verso l'eredità per costringerlo a dichiarare se accetti o rinunzii la eredità stessa, l'autorità giudiziaria stabilirà un termine per tale dichiarazione; decorso questo termine senza che essa siasi fatta, l'eredità s'intende ripudiata. Per lo che si avrà l'accettazioue se egli risponde di sì: gli si darà il benefizio d'inventario quante volte egli lo domandi: si avrà la sua rinuncia se risponde di no: e se mai non risponda, oggi non si fanno le distinzioni del Diritto Romano, ma invece il silenzio s'interpetra sempre per negativa, cioè per rinunzia. La ragione è che per l'accettazione, la quale importa obblighi ben gravi, è necessaria una manifestazione di volontà espressa o tacita che sia, mentre il silenzio non può prendersi sempre per affermativa, perchè chi tace non dice nè sì, nè no, come abbiamo detto al § 312.

Inoltre vi è anche un'altra ragione, ed è che per Codice civile l'erede che sta in possesso della eredità perde il diritto di rinunciare quante volte non si uniformi alle disposizioni dettate pel benefizio d'inventario, come vedremo or ora parlando di tale benefizio. Perlocchè oggi la istanza degli interessati può rivolgersi soltanto contro quelli che non stanno in possesso della eredità, e perciò dal silenzio di lui non si potrebbe mai trarre l'affermativa.

Digitized by Google

Ma accadeva sovente che, non ostante tutte le possibili diligenze fatte durante il termine per deliberare, si presentassero creditori occulti e l' erede fosse obbligato a pagarli *de proprio*, se le sostanze ereditate non fossero state sufficienti. A codesto inconveniente Giustiniano pose riparo convertendo in diritto comune quel privilegio, e concedendo indistintamente a tutti gli eredi il beneficio d' inventario.

Per godere di codesto benefizio non era necessaria alcuna dichiarazione dell'erede, ma bastava che egli cominciasse l'inventario fra trenta giorni da quello in cui ebbe notizia della devoluzione della eredità, e lo compisse nei sessanta giorni posteriori. Che se l' erede fosse stato assente, ovvero i beni fossero situati in Provincie diverse, il termine era di un anno da computarsi dalla morte del testatore. L. ult. § 2, 3, 11. Cod. *de jure deliberandi*. 6. 30 (1).

(1) Per Cod. civ. il benefizio d'inventario è anche concesso a tutti, ma per riguardo ai termini vi è una grave differenza tra l' erede che si trovi nel possesso reale della eredità e quello che non vi sia.

L'erede che sta nel possesso della eredità deve fra tre mesi dal giorno della aperta successione o della notizia avutane, cominciare e compiere l'inventario, seppure pel compimento non avesse ottenuto una proroga, e deve nei successivi quaranta giorni deliberare sull'accettazione o rinunzia dell' eredità. Cosicchè l'erede che sta nel possesso dei beni perde il diritto al benefizio d'inventario e diviene erede puro e semplice se non comincia l'inventario fra tre mesi, se non lo compie in tal termine o in quello pel quale avesse ottenuta la proroga, e se non deliberi per l' accettazione o rinunzia entro i quaranta giorni consecutivi, art. 951, 959, 960 e 961. La ragione non sta tanto nel possesso il quale potrebbe esser pure interpetrato come atto di amministrazione, ma sta principalmente nell'interesse dei terzi, aventi diritto verso l'eredità, poichè, imponendosi una responsabilità illimitata sopra gli eredi, si toglie loro ogni mezzo per espilare l'eredità a loro pro ed a danno de' terzi medesimi. Per altro i minori, gl'interdetti e gl'inabilitati non s'intendono decaduti dal benefizio dell'inventario se non al compimento dell' anno successivo alla loro maggiore età o alla cessazione dell'interdizione e dell'inabilitazione, qualora entro tal termine non si sieno conformati alle disposizioni della legge dettate per quel benefizio, art. 963. La ragione è che se per essi è prescritta l'accettazione dell'eredità col benefizio d'inventario come abbiamo detto in nota al § 706 doveano esser preservati da ogni decadenza.

Quante volte poi l'erede non si trovi nel possesso reale dell'eredità, bisogna distinguere se siensi o no dagli interessati proposte istanze contro di lui. Se tali istanze gli si sieno fatte, egli ha tre mesi per fare l'inventario ed i consecutivi quaranta giorni per deliberare, e i termini decorreranno dal giorno che sarà fissato dall'autorità giudiziaria secondo il prudente arbitrio di essa. Se poi non si sono proposte istanze, egli conserva sempre il diritto di fare l' inventario, finchè il tempo per accettare, che è di 30 anni, non sia prescritto, art. 962.

Ma la dichiarazione di volere accettare con benefizio d'inventario oggi deve essere fatta ed in iscritto presso il cancelliere della pretura di mandamento, e può precedere o seguire l'inventario, e soltanto non può farsi dopo scorsi i termini per deliberare, art. 955 e 961.

Digitized by Google

Rimane a parlare delle forme dell'inventario e degli effetti del benefizio.

Le forme sono — 1° l'atto deve essere per mano di tabellione cioè di notaro (1) — 2° citazione a tutti gl' interessati, cioè ai coeredi, creditori e legatarii (2) — 3° in mancanza di alcuno di essi è necessaria la presenza di testimoni (3) — 4° Minuta descrizione di tutto (4) — 5° L'erede deve sottoscrivere l'atto, e se non sa scrivere, un altro tabellione deve firmar per lui (5) L. ult. § 2 e 3 Cod. *de jure deliberandi* 6. 30 — Nov. 1. Cap. 2. § 1.

Che se l'erede avesse sottratto o nascosto qualche cosa, egli doveva pagare il doppio del valore. L. ult. § 10 Cod. *de jure deliberandi* 6. 30 (6).

Gli effetti del benefizio d'inventario sono tre: cioè — 1° non paga i debiti del defunto oltre le forze ereditarie — 2° non si confondono i patrimonii e l'erede ha diritto di esser pagato dei crediti che egli avea verso il defunto medesimo — 3° l'erede resta curatore della eredità. L. ult. § 4, 5, 6. 7. 9. 10. Cod. *de jure deliberandi* 6. 30 (7).

Tale dichiarazione deve essere pubblicata entro un mese successivo nel giornale degli annunzii giudiziarii, e trascritta all'uffizio delle ipoteche, art. 935, cap. La ragione di cosiffatte pubblicità è di avvisare i terzi, affinchè non comprino dall'erede, e di tenere intesi i creditori affinchè siano solleciti a presentarsi pel pagamento per evitare le frodi fra l' erede e qualcuno di essi. Questo punto armonizza con le norme pel pagamento dei creditori di una eredità adita con benefizio d'inventario, di che or ora si terrà discorso.

Inoltre il Codice dispone che se tra più eredi taluno vuole accettare l' ereditè col beneficio dell'inventario ed altri senza, l' eredità deve essere accettata col detto benefizio, onde basta in tal caso che un solo faccia la dichiarazione, art. 958. A tal modo si evitano gl'inconvenienti che si lamentano pel diverso sistema adottato da altri Codici, e specialmente da quello Austriaco.

(1) Oggi del cancelliere o del notaio, art. 866 cap. Proc. civile.

(2) Ed oggi anche a tutti essi, ma per i creditori è ristretto l'obbligo a quei soli che abbiano fatto opposizione alla rimozione dei sigilli — art. 869 Cod. Proc. civ.

(3) Oggi non v'è bisogno di testimoni perchè fanno fede pubblica gli uffiziali destinati all'inventario.

(4) La descrizione minuta di tutto deve farsi anche oggi, art. 872, n. 6 a 11 Cod. Proc. civ.

(5) Oggi l'erede deve sottoscrivere se sa scrivere, art. 872 cap. ult. Codice Proc. civ.

(6) Per Cod. civ. l' erede colpevole di avere scientemente e con mala fede omesso di descrivere nell' inventario qualche effetto appartenente alla eredità, decade dal benefizio, art. 967.

(7) Teoria uniforme, art. 968 e 969, anzi il Codice dichiara che l'erede può essere obbligato a dar cauzione, art. 975. Inoltre il Codice ammette che l'erede con beneficio d'inventario possa cedere tutti i beni dell' eredità a' creditori

Digitized by Google

Di che segue:

1° Che l' erede paga i creditori come si presentano senza distinzione di priorità. L. ult. § 5. 6. 7. 8. Cod. *de jure deliberandi* 6. 30. E per pagarli può vendere mobili ed immobili. L. ult. § 5 e 8 *eodem* (1). La ragione per la quale l'erede deve pagare i creditori senza indagine di priorità è che chi si presenta non può essere obbligato ad aspettare che altri si mettano in regola, e d'altro canto deve evitarsi ogni pretesto dell'erede per dilazionare i pagamenti.

2° Che deve render conto della sua amministrazione ai creditori ed ai legatarii. L. ult. § 4 e 10 Cod. *de jure deliberandi* 6. 30. (2).

3° Che deve rispondere soltanto di colpa grave perchè egli presta gratuito servizio. Fr. 1. § 2. Fr. 2 e 3. § ult. Fr. 4 e 5 *quae in fraudem creditorum*: 42. 8 (3).

Separazione di beni.

§ 712. Come si è detto al § 526, i beni sono la garenzia de'creditori, per lo che i beni del defunto formano la garenzia de'creditori di lui, finchè questi è in vita. Ma dopo che egli é morto, l'accettazione della eredità mena all'effetto della confusione de' patrimonii del defunto e dell'erede, e della riunione di entrambi nella persona dell'erede medesimo. Cosicchè i beni del defunto e quelli dell' erede

---

e a' legatarii, art. 968 cap. 1, per lo che in tal caso dovrebbe deputarsi altro curatore, e non si potrebbe obbligar l'erede a dar guarentigia.

(1) Il Codice civile distingue il caso in cui siavi opposizione di qualche creditore, da quello in cui non vi è opposizione. Se questa vi è, l'erede deve pagare secondo l'ordine ed il modo stabiliti dal Magistrato. Se non vi è, egli paga i creditori ed i legatarii a misura che gli si presentano, salvo il regresso dei creditori che abbiano diritti di poziorità contro di quelli che non li abbiano e contro i legatarii. Ma se i creditori non opponenti si presentano dopo esausto l'asse ereditario, hanno soltanto regresso contro i legatarii, anzi tale regresso non può più esercitarsi dopo tre anni da computarsi dal giorno dell'ultimo pagamento — art. 976 e 977.

Per altro all'erede son fatti due divieti. Il primo è che egli non può pagare i creditori o legatarii se non dopo un mese dalla trascrizione ed inserzione dell'atto con cui si accetta la eredità col benefizio dell'inventario, ovvero dopo un mese dal compimento dell'inventario quando la trascrizione e la inserzione siansi fatte precedentemente, art. 976. Il secondo è che egli non può mai e sotto pena di decadenza dal benefizio, vendere i beni dell'eredità, senza l'autorizzazione giudiziale e senza le forme stabilite dal Cod. di Proc. civ., e soltanto decorsi cinque anni dalla dichiarazione di accettazione col benefizio di inventario può vendere i mobili senza alcuna formalità — art. 973 e 974.

(2) Teoria uniforme, art. 969.

(3) Teoria uniforme, art. 970.

Digitized by Google

formano promiscuamente la guarentigia de' creditori dell' uno e dell'altro.

Ciò potrebbe apportar grave nocumento a' creditori del defunto, perchè se mai i beni da costui lasciati fossero sufficienti a pagarli, non lo sarebbero più quantevolte l' erede avesse molti debiti e il patrimonio di lui si confondesse con quello del defunto.

Pongasi, ad esempio, che questi avesse avuto 20 di capitale e 20 di debiti, i creditori sarebbero pareggiati e soddisfatti. Ma se l' erede abbia 20 di capitale e 40 di debiti, confusi che sieno i due loro patrimoni, i creditori del defunto sarebbero pagati soltanto di due terzi.

A codesto inconveniente il Pretore pose riparo con l'istituto della separazione de'beni, per la quale ogni creditore di una eredità ed ogni legatario è autorizzato a far cessare la confusione giuridica del patrimonio del defunto con quello dell'erede nel fine di sottrarsi al pregiudizio che tale confusione potrebbe arrecare—Veggasi il Titolo del Digesto *de separationibus* 42,6 (1).

Tale beneficio non è concesso a'creditori dell'erede, perchè essi non possono vietargli di contrarre altri debiti; e come alcuno può a suo piacere far debiti con un altro, così del pari può accollarsi quelli che gli provvengono da una eredità deferitagli Fr. 1. § 5. *de separationibus* 42, 6.

Il beneficio di separazione si riduce ad un diritto di prelazione, per lo quale i creditori del defunto, i legatarii e i fedecommessarii possono su'beni di lui esser preferiti a' creditori dell'erede. Fr. 1. § 1 e 2; fr. 4 pr. *de separationibus* 42,6 (2).

Intorno a tale diritto vi àn cinque regole.

La prima è che il beneficio vien concesso a que'soli che ne facciano domanda, perchè chi non la fa, manifesta evidentemente che à fiducia nell' erede pel pagamento Fr. 1. pr. e § 16. *de separationibus* 42, 6. (3).

La seconda è che perde il diritto ad implorare tale beneficio quegli che à riconosciuto l'erede come suo debitore e accettato la confusione de' due patrimonii, perchè sarebbe contradittorio seguir la fede di alcuno e all'un tempo dubitarne. Onde chi à fatto novazione con l' erede, accettato guarentigia ec. non può poi domandare

---

(1) Per Codice Civile risponde il Titolo della separazione del patrimonio de defunto da quello dell'erede libro 3. Titolo 24.

(2) Teoria uniforme art. 1032 2054 e 2055. E perchè la separazione riducesi ad una prelazione, il Codice ne tratta nella materia ipotecaria. Ma oggi non concedesi a' fedecommessarii, essendo vietati i fedecommessi

(3) Teoria uniforme, art. 2063.

Digitized by Google

la separazione. Fr. 1. § 10, 11, e 15 *de separationibus* 42, 6. (1).

La terza è che chi vuole questo beneficio deve accorrere in tempo, fino a che le cose ereditarie sieno integre, e non mai dopo i cinque anni dall'aperta suceessione. Fr. 1. § 13, e fr. 2 *de separationibus* 42, 6, (2).

La quarta è che se l'erede accetta con beneficio d'inventario, si à di diritto la separazione collettiva a vantaggio di tutti i creditori ereditarii, de' legatarii, e fedecommessarii. L. ult. Cod. *de jure deliberandi* 6, 30. La ragione è che l'accettazione col beneficio d'inventario impedisce la confusione del patrimonio del defunto con quello dell' erede (3).

La quinta è che chi ha fatto domanda di separazione non può di poi rivolgersi all'erede, se mai non trovi ad esser pagato, e che viceversa se superi qualche cosa da' beni ereditarii, i creditori dell'erede possono pretenderlo Fr. 1. § 17; fr. 3. § 2; fr. 5 *de separationibus* 42, 6. La ragione è che il beneficio della separazione opera una distinzione del patrimonio del defunto da quello dell'erede nell'interesse di que'soli che potevano domandarlo e che l'ànno domandato, onde si presume ch' essi abbiano rinunciato a far valere le

---

(1) Teoria uniforme, art. 2056.

(2) Per Codice Civile è fissato il termine di tre mesi dal giorno dell'aperta successione, art. 2057. Non si dovea mantenere lungamente in sospeso la condizione dell'erede, de'suoi creditori, e di altri aventi causa.

Il diritto di separazione si esercita pe' mobili con la domanda giudiziale, art. 2059 Cod. Civile, 900 e 901 Cod. proc. civile; e tra i mobili rientra il prezzo di quelli alienati dall'erede, il quale non ne sia stato pagato, per la massima — *in universalibus praetium succedit loco rei, et res loco praetii*, art. 2061. Per gli stabili il diritto si esercita mediante l'iscrizione ipotecaria, art. 2060 e 2065, la quale retroagisce al tempo dell'aperta successione, cosicchè le ipoteche iscritte a favore de' creditori dell'erede, e le alienazioni che questi avesse fatte e che sieno anche trascritte non pregiudicano a chi à esercitato la separazione, e non si applica perciò per gli stabili la massima suddetta *praetium succedit loco rei*. Ma l' erede può impedire o far cessare la separazione pagando i creditori e i legatarii, o dando cauzione pel pagamento di quelli, il cui diritto fosse sospeso da condizione o da termine, o fosse contestato, art. 2064.

(3) Per Codice Civile invece l'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventazione non dispensa i creditori del defunto e i legatarii dalla dimanda di separazione, art. 2058. La ragione è che l' accettazione con beneficio d' inventario non à effetti definitivi, perchè l' erede può col fatto proprio decadere dal medesimo. Inoltre esso opera più particolarmente ne'rapporti di obbligazione personale dell'erede verso i creditori dell'eredità e i legatarii, anzichè ne'rapporti de' terzi aventi causa dall' erede, che acquistassero diritto su' beni ereditarii. Per lo che la necessità di coordinare questo punto col novello sistema ipotecario, à principalmente influito a variare dal sistema romano.

Digitized by Google

loro ragioni verso l'erede. Tutto ciò non può applicarsi a'creditori dell' erede medesimo, i quali sono estranei a quel beneficio (1).

Partizione dell'attivo e del passivo della eredità.

§ 713. Quì si rannodano e la divisione della sostanza ereditaria e il pagamento de' debiti.

Abbiamo già parlato della divisione ne'tre giudizii divisorii a'§ 400 a 404, ma per essa ci resta a discorrere della divisione che gli ascendenti possono fare de' loro beni fra i discendenti, siccome dobbiamo anche tener parola del pagamento de' debiti.

Divisione degli ascendenti in favore de'loro discendenti.

§ 714. L'utilità del diritto negli ascendenti di fare la divisione dei loro beni tra i discendenti è stata sempre riconosciuta, sia perchè il giudizio paterno si presume sempre ottimo, sia perchè si evitano le gare e le gelosie tra coeredi, sia perchè si evitano le spese sempre gravi di una divisione giudiziale. In altri termini l'ascendente, e specialmente il padre tiene il luogo del Giudice per la divisione delle sue sostanze tra i figli, e sempre risplende il padre come Giudice domestico secondochè dicemmo nella padria potestà al § 197. Fr. 20 § 3, fr. 39 § 1 *familiae erciscundae* 10, 2; L. 10 Cod. *eodem* 3, 36; L. 8. Cod. *de inofficioso testamento* 3, 28; Novelle 18 cap. 7; 107 cap. 1; e 117 cap. 1 (2).

Tali divisioni potevano farsi per testamento o per donazione *mortis caussa*, ma non per donazione *inter vivos*, perchè era di ostacolo la unicità della persona per la massima *pater et filius pro una persona habentur*. Veggansi i suddetti frammenti (3).

---

(1) Per Codice Civile non è riprodotto il divieto, fatto in diritto Romano, a chi domandava la separazione, di potere rivolgersi contro l' erede se co' beni del defunto non avesse potuto esser pagato, onde segue che ciò sarebbe permesso. La ragione é che le rinuncie non si debbono facilmente presumere, e che se si eccettui il solo diritto di prelazione, il benficio della separazione non fa evitare la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede, e non toglie a costui la qualità di successore *in omne jus*.

(2) Per Codice Civile è anche riconosciuto al padre, alla madre, ed agli altri ascendenti la facoltà di dividere e distribuire i loro beni tra i loro figli e discendenti, art. 1044.

(3) Per Codice Civile possono gli ascendenti fare la divisione tra i discendenti non solo per testamento, ma anche per donazione; essendo scomparso il principio delia unicità di persona tra padre e figlio, ma coerentemente aquanto si dirà nelle donazioni, quelli possono disporre de'soli beni presenti art. 1045.

Digitized by Google

Se la divisione fatta dagli ascendenti non comprendeva tutti i beni, quelli restanti andavano divisi in proporzione della rispettiva parte ereditaria fr. 32 *familiae erciscundae* 10 2; L. 21 cod. *eodem* 3, 36. Ma se non comprendeva tutti i figli, il testamento, e con esso la divisione fatta, era nullo per causa della preterizione, secondochè abbiamo spiegato a' § 586 e 614 (1).

Del rimanente la divisione medesima poteva impugnarsi allora che ledeva la legittima L. 8. cod. *de inofficioso testamento* 3, 27. Novel. 18 cap. 1. (2).

Pagamento di debiti.

§ 715. I debiti di regola si pagano dagli eredi e non da' legatarii, perchè quelli e non questi rappresentano la personalità giuridica del defunto, se pure il testatore non abbia diversamente disposto; ma la disposizione testamentaria con cui venisse un legatario gravato del pagamento di un debito non può mai obbligare i creditori, i quali ànno il diritto di rivolgersi contro gli eredi del loro debitore defunto (3).

Ma come i crediti (vedi § 403), così anche i debiti del defunto restano *ipso jure* divisi fra coeredi in ragione della quota in cui ciascuno è stato istituito Fr. 35 § 1. *de heredibus instituendis* 28.5; fr. 2, § 5; *familiae erciscundae* 10.2; L. 1. Cod. *si certum petatur* 4.2 (4). Così, per esempio, se alcuno lascia un figlio e tre nipoti ex filio, e muoia intestato con un credito di L. 6000, ed un debito di lire 3000, il figlio esige dal debitore L. 3000, e ciascun nipote L. 1000, e il figlio deve pagare L. 1500, e ciascun nipote ex filio L. 500. Così del pari, se alcuno à' due figli, e lasci per testamento ad uno la disponibile e ad un altro la legittima, il figlio istituito nella disponibile pel credito di L. 6000 può agire per L. 4500, e quello che à avuto la legittima per L. 1500; e pel debito di L. 3000, il

(1) Per Codice Civile la teoria è uniforme, art. 1046 e 1047. Ma la nullità della divisione in cui non sieno stati compresi tutti i figli, non dipende dalla preterizione, la quale oggi non è più riconosciuta (vedi nota al § 586), invece deriva dal principio della uguaglianza tra successibili.

(2) Per Codice Civile la teoria è uniforme art. 1048. Ma perchè oggi è permessa la divisione anche per donazione, questa si può impugnare per lesione oltre il quarto, coerentemente alla odierna teoria comune della divisione, articolo 1038 e 1048 (vedi nota al § 404). Inoltre il Codice presume coscienziosa la divisione fatta dall' ascendente, e capricciosa la domanda del figlio, per lo chè non solo richiede che il figlio anticipi le spese della stima, ma vieta la compensazione delle spese laddove il figlio soccomba in giudizio art. 1049. Cod, Civ. e art. 370 Cod. pr. civ.

(3) Teoria uniforme, art. 1027 e 1033.

(4) Teoria uniforme, art. 1027, 1029.

Digitized by Google

figlio istituito nella disponibile deve pagare L. 2250, e l'altro che ha la legittimità L. 750.

Qui si tratta del pagamento de' debiti, e fermiamoci ad esso.

Pel pagamento de' debiti convien distinguere — 1 il pagamento nel rapporto degli eredi co' creditori — 2 il pagamento nel rapporto degli eredi fra loro — 3 il regresso dell'erede che ha pagato oltre la propria parte.

Rapporto tra coeredi e creditori.

§ 716. Il pagamento nel rapporto de'coeredi co' creditori è semplice. Ciascun coerede deve pagare in proporzione della propria quota, e se uno degli eredi si trovi insolvibile, il creditore perde la parte da lui dovuta. Fr. 34 *de legatis* 31, 1, (1).

Ma vi hanno due eccezioni.

La prima è pel caso in cui si tratti di obbligazione indivisibile, o anche divisibile intellettualmente ma indivisibile fisicamente, come ad esempio la consegna di un cavallo (vedi § 282). La seconda è pel caso in cui si tratti di debito ipotecario.

In tali ipotesi, il debito non resta diviso, e può il creditore rivolgersi contro qualunque degli eredi per la obbligazione indivisibile e contro il solo possessore se si tratti di cosa ipotecata, L. 2, Cod. *si unus ex pluribus heredibus* 8 32; L. 2. Cod. *de hereditariis actionibus* 4, 16; fr. 33 *de legatis* 31, 1, (2).

Non è intanto vietato al creditore di domandare con azione personale a tutti i coeredi l'adempimento della obbligazione indivisibile, ed a ciascuno degli eredi la parte della obbligazione ipotecaria (3).

Rapporto de' coeredi fra loro.

§ 717. Diverso è il criterio pel pagamento de' debiti nel rapporto de' coeredi fra loro.

---

(1) Teoria uniforme, art. ed argom. art. 1027 e 1031.

(2) Teoria uniforme, art. 1029 1030, 1206, 1207, 1964. Inoltre il Codice dispone che quando i beni immobili di una eredità sieno gravati con ipoteca da una prestazione di rendita redimibile, ciascun coerede può esigere che gl'immobili ne sieno affrancati e resi liberi prima che si proceda alla formazione delle quote ereditarie, e la ragione è che a tal modo si evitano giudizii pel regresso del possessore del fondo verso gli altri coeredi, i quali dovrebbero rivalutarlo della loro parte. Ma se niun erede chiedesse il riscatto, allora il fondo gravato deve stimarsi con le medesime norme con cui si stimano gli altri beni immobili, detratto dal valore del fondo il valore corrispondente alla prestazione, e ciò nel fine sempre di evitare quel regresso, perchè l'erede cui tocca il fondo medesimo, nè avuto il corrispondente compenso. art. 1028.

(3) Teoria uniforme, art. 1027, e 1029.

(4) Teoria uniforme, art. 1027 e 1030.

Digitized by Google

Sebbene questi siano per principio obbligati a pagare ciascuno secondo la quota ricevuta, pure niente impedisce che il defunto carichi di un debito un erede solo, ovvero che i coeredi facendo la divisione ne gravino un solo.

Codesto ordine del testatore, e codesta convenzione fra coeredi, ligano questi ultimi, ma non devono essere punto rispettati da' creditori, i quali possono profittarne se vogliono.

Se uno de' coeredi è creditore della eredità, deve anch'egli domandare la quota a ciascuno, detratta la parte che spetta a lui (1).

Regresso.

§ 718. Se un coerede à pagato in più della propria parte, à sempre il diritto di rivolgersi a ciascuno degli altri coeredi per avere la porzione da ognuno di essi, ma non può pretendere l'intero da ciascuno.

Se poi uno de' eoeredi si trovi insolvibile, bisogna distinguere il caso in cui à pagato un debito indivisibile o ipotecario, dal caso in cui à pagato un debito che tale non sia.

Si à pagato in più della sua porzione per un debito indivisibile o ipotecario, la parte del coerede che si trovi insolvibile, si divide tra tutti, e da ciascuno può ripetere la parte. La ragione è che egli non potea fare a meno di pagare.

Ma se à pagato in più per un debito che non era nè indivisibile, nè ipotecario, la parte dell'insolvibile va a carico di chi à pagato. La ragione è che i debiti si dividono, e il creditore perde se alcuno si trovi insolvibile. Or se un coerede à pagato un debito somigliante per un altro coerede, à fatto un vantaggio al creditore, ma non deve caricare gli altri coredi della sua generosità (2).

Uguaglianza tra i successibili

Collazione ed imputazione

§ 719. Trattando della patria potestà abbiamo veduto che il padre e il figlio erano considerati in Diritto Romano come una sola persona — *pater et filius pro una persona habentur* — che il figlio era riguardato come cosa rispetto al padre — che tutto ciò che il figlio acquistava era del padre — che a quest'ultimo punto si fece eccezione con l'istituto sopragiunto intorno a' peculii — e che i peculii erano di diverse specie, una delle quali veniva chiamata *peculio profettizio*, e consisteva ne' beni dati al figlio dal padre o da altri per

(1) Teoria uniforme, art. 1027 e 1030.

(2) Teoria uniforme, 1029 e 1031.

Digitized by Google

sola considerazione del padre, su' quali beni il padre avea la proprietà, e il figlio l'amministrazione (veggansi § 195 e 198).

Discorrendo poi della emancipazione si è avvertito che questa facea sciogliere il nesso agnatizio di famiglia tra il padre emancipante e il figlio emancipato (veggasi § 227).

Di che seguiva che tanto nella successione testata quanto nella intestata il figlio emancipato era ritenuto come un estraneo, onde nella successione testata non avea diritto a legittima (§ 584), e nella intestata non avea diritto a parte veruna (§ 685 e 686). Ma di poi il Pretore con l'editto *unde liberi* fece valere per gli emancipati il principio della famiglia naturale, e li uguagliò ad ogni altro figlio legittimo, per lo che accadeva che nelle successioni testate doveano essi essere istituiti eredi e diseredati sotto pena di nullità del testamento (veggasi quanto si è detto a' § 555, 586 e 614), e nelle successioni intestate concorrevano come ogni altro figliuolo legittimo (veggasi § 686).

Accadde perciò che i figli emancipati vennero a trovarsi in condizioni migliori de' figli sottoposti alla potestà paterna, e ciò non potea tollerarsi.

Di vero: se il figlio non emancipato, specialmente prima della istituzione de' peculii, era all' intutto cosa rispetto al padre, quegli niente avea alla morte del genitore, e potea soltanto sperare ciò che gli spettava di successione paterna.

Ma il figlio emancipato avea i suoi beni, e così qualche assegno fattogli dal padre, e tutto quant' altro egli avesse potuto procacciarsi.

Or facendo concorrere l'emancipato con gli altri figli nella successione paterna, si verificava che l'emancipato avea molto di più degli altri, poichè a lui restavano i beni che avea e rientrava inoltre la quota come erede del padre, mentre gli altri figli dovevano contentarsi della sola quota ereditaria.

Era codesta una ingiustizia e il Pretore ordinò che gli emancipati potessero succedere alla eredità paterna quante volte mettessero in comune con gli altri figli tutti i loro beni.

Tale conferimento de' beni dell'emancipato nella massa ereditaria si chiamò *collazione*, ed Ulpiano ben dice che questa *manifestam habet aequitatem* Fr. 1 *de collatione* 37, 6.

Appresso agli emancipati venne la volta delle figlie femine, le quali, oltre alla dote avuta, o a qualche donazione *propter nuptias*, pretendevano succedere al padre. Anch'esse vennero obbligate a conferir la dote o i beni altrimenti donati (veggansi i Titoli del Digesto *de collatione* 37, 6; e del Codice *de collationibus* 6, 20.

Digitized by Google

Tale fu la origine della collazione, e, come chiaramente si vede, essa muove dal principio della eguaglianza tra coeredi, nel fine di mantener la concordia fra loro.

§ 720. Ma col progresso de' tempi, e specialmente dopo che la patria potestà venne temperandosi e l'istituto de' peculii ebbe pieno sviluppo, la teoria della collazione subì una trasformazione.

E venne stabilito che nella successione, testata o intestata che fosse, sia del padre, sia della madre, sia di ogni altro ascendente, tutti i discendenti, di qualunque grado, avessero l'obbligo di conferire i beni avuti dagli ascendenti.

Laonde la definizione della collazione è — *Actus quo descendentes, hereditatem adscendentium adituri, bona omnia ab his profecta in communem hereditatem inferunt, et cum reliquis communicant* (1). Cioè la collazione si riduce all'obbligo de' discendenti di rimettere in comune i beni avuti dall'ascendente per potersene fare una giusta partizione e mantener l'eguaglianza fra essi.

A presentar nettamente questa teoria, dobbiamo dividerla in cinque punti, cioè: 1. Principio regolatore nella collazione — 2. Chi vi è obbligato ed a vantaggio di chi — 3. Cose che si debbono conferire — 4. Modi pe' quali si fa la collazione, e differenza tra la collazione e la imputazione derivanti dal principio dell' eguaglianza tra successibili — 5. Cause per le quali la collazione manchi — 6. Imputazione derivante dal riguardo dovuto alle donazioni e a'testamenti. 7. Frode ne' contratti tra ascendenti e discendenti.

Principio regolatore

§ 721. Il principio regolatore è la presunzione che l' ascendente non voglia turbare l'uguaglianza tra i suoi discendenti con le liberalità esercitate verso alcuno di essi con atto tra vivi, e che perciò egli ha voluto donare a titolo di antiparte e con intenzione di obbligare il donatario a restituire alla massa ereditaria i beni donatigli. Cessa tale presunzione quando l' ascendente abbia manifestato una contraria volontà, cioè di dispensare il discendente dall'obbligo della restituzione alla massa, Novella 18 Cap. 6 Auth. *ex testam. Tit. de collationibus*. L. 17 e 19 Cod. *de collationibus* 6. 20.

Tale contraria volontà può essere espressa e tacita. Espressa, quando l'ascendente chiaramente dica che dispensa il discendente dalla collazione. Tacita quando la si argomenti da fatti non dubbii, come ad esempio allora che il padre il quale à due figli e donò all'uno di

---

(1) Può ritenersi tale definizione a base dell'art. 1001.

Digitized by Google

essi, lasci nel suo testamento al figlio donatario una porzione minore di quella lasciata all'altro figlio che nulla ha prima ricevuto. Fabro Cod. 1, VI, T. 4. Def. 2. Ovvero quando l'ascendente abbia fatto parti determinate a ciascuno di più suoi discendenti, dichiarando volere che ognuno di essi le prenda integralmente Fr. 39 § 1, *familiae erciscundae* 10, 2 (1).

Il principio della eguaglianza tra discendenti, che si presume nella volontà del padre di famiglia, mena alla conseguenza che essa debba valere tanto nella successione testata quanto nella intestata. Sempre deve presumersi che il genitore, muoia testato o intestato, ami con pari affetto i figliuoli e voglia l'armonia e la pace tra essi. Novella 18 cap. 6. *Auth. ex testam.* Tit. *De collationibus,* 6, 20.

Chi è obbligato alla collazione ed a vantaggio di chi

§ 722. La collazione si fa tra i soli eredi discendenti, cioè vi sono obbligati i soli discendenti che siano eredi, ed in favore de' coeredi che sieno anche discendenti.

Di che segue che non possono esservi obbligati gli eredi ascendenti, collaterali, ed estranei. E segue che la collazione non va fatta a vantaggio de' coeredi ascendenti, collaterali, od estranei, e molto meno a vantaggio de' legatarii o de' creditori del defunto, se pure il testatore non abbia altrimenti disposto ordinando la collazione L. 10, 16, 17, 19, Cod. *de collationibus* 6, 20; Novella 18 Cap. 6. Fr. 1 pr. § 5, *de collatione* 37, 6. L. ult. Cod. *communia utriusque judicii* 3, 38 (2).

La ragione è che la presunzione di uguaglianza voluta dal testatore non si può estendere oltre i discendenti. Per questi soli vi ha il grande affetto insito per natura, la quale spinge gli ascendenti ad amare con pari trasporto la prole come a sua propaggine, ciò che non è pe' collaterali, nè per gli ascendenti. *Amor descendit.*

Se la presunzione di eguaglianza non si trova negli eredi ascendenti, collaterali, ed estranei, molto meno si può trovare ne' legatarii. Il legato è un peso della eredità, la quale per riguardo a' pesi va calcolata secondo le forze che offre al tempo della morte del testatore.

Pe creditori poi la collazione non va dovuta, per la semplice ragione che i beni del debitore (i quali formano la garenzia de' creditori) sono usciti dal patrimonio di lui con la donazione fatta, e

(1) Teoria uniforme, art. ed arg., art. 1004, 1006, 1010, 1011.
(2) Teoria uniforme, art. 1001, 1004, cap. 1 e 1014.

Digitized by Google

quando un bene non è più nel patrimonio, non può certamente formar la garenzia di alcuno.

Cose che si debbono conferire

§ 723. Per principio generale deve conferirsi ogni largizione fatta dall'ascendente al discendente, quando però realmente venga a diminuire il patrimonio dell'uno, ad aumentare il patrimonio dell'altro, e a squilibrare l'uguaglianza fra discendenti, senza che si tengano a calcolo quelle spese o que' donativi che non scuotono la sostanza di chi dà, nè arricchiscono chi riceve, e che rientrano ne' doveri, nelle costumanze, e negli usi ordinarii della vita.

Di che segue che deggiono conferirsi i beni dati in dote o per donazioni a causa di nozze. Veggasi il Titolo del Digesto — *de dotis collatione* 37, 7. E veggansi specialmente le L. pen. ed ult. Cod. *de collationibus* 6, 20 (1). Che se la dotata resti senza beni per la miseria in cui è caduto il marito, e per non avere gli ascendenti dotanti ben cautelata la dote, basterà ch'ella conferisca le sole azioni di ricupero verso il marito medesimo. Novella 97 Cap. ult.; Fr. 1, § 6 *de dotis collatione* 37, 7 (2).

Deve del pari conferirsi ciò che l'ascendente à speso per situare il discendente in una qualche industria o in qualche ufficio, come ad esempio se gli abbia messo su un negozio, se per la mercatura cui lo à addetto gli abbia armata una nave ec. L. 17. Cod. *de collationibus* 6. 20 (3).

Va anche soggetto a collazione la spesa dall'ascendente sostenuta per dolo o colpa del discendente Fr. 1. § 23 e fr. 2 § 2 *de collatione bonorum* 37, 6 (4).

E in generale tutto ciò che sia di qualche rilievo, e che provvenga dal patrimonio dell'ascendente, e dìa vantaggio ad uno de'discendenti a scapito degli altri L. 13, e L. 17. Cod. *de collationibus* 6. 20 (5).

Non deggiono per contrario conferirsi le spese fatte per la educazione e per gli studii Fr. 50 *familiae erciscundae* 10, 2. Fr. 1. § 16, *de collatione bonorum* 37. 6. L. 17 Cod. *de collationibus* 6, 20, perchè esse son dirette all' interesse e al lustro generale della famiglia, e rientrano tra i doveri principali della patria potestà, e sono imposte dalla natura stessa (6).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1007.
(2) Teoria uniforme, art. 1007.
(3) Teoria uniforme, art. 1007.
(4) Teoria uniforme, e il Codice precisa il pagamento de' debiti art. 1007.
(5) Teoria uniforme, art. 1001
(6) Teoria uniforme, art. 1009.

Digitized by Google

Similmente non deggionsi conferire altre picciole spese che l'ascendente abbia fatto per spirito di liberalità verso il discendente arg. L. 11 e L. 15 Cod. *de negotiis gestis* 2, 19. (1).

Del pari non vanno soggetti a collazione i lasciti fatti all'erede per testamento, perchè altrimenti essi sarebbero inutili. Fr. 28 e fr. 42 *familiae erciscundae* 10, 2; L. 7 Cod. *eodem* 3, 36 (2).

Vedutesi quali sono le cose che si debbono, e quali quelle che non si debbono conferire, rimane a conoscere che, per le cose da conferirsi, i frutti van dovuti dal giorno della morte del testatore, essendo giusto che pel tempo precedente ne profitti il discendente che le avea avute. Fr. 5, § 1 *de dotis collatione* 37, 7; L. 20 princ. Cod. *de collationibus* 6, 20; Arg. L. 9 Cod. *familiae arciscundae* 3, 36. (3).

Che se questi avesse fatte delle migliorie, o delle spese necessarie per la conservazione della cosa, à diritto ad esserne compensato, non potendo gli altri discendenti a vantaggio di cui si fa la collazione, divenir più ricchi a suo danno. Fr. 1. § 5. *de dotis collatione* 37, 7, L. 6. Cod. *de collationibus*, 6, 20; L. 13, Cod. *familiae erciscundae* 3, 36; Fr. 39, § 1, *de verborum significatione* 50, 16; Fr. 14 *de condictione indebiti* 12, 6; Fr. 38 e 39, *de ereditatis petitione* 5, 3. (4).

Per lo che à quegli pure il diritto di ritenere la cosa che dovesse conferire in natura, e sulla quale à fatto la spesa necessaria o la miglioria, e la ritenzione si mantiene fino all'effettivo rimborso essendo egli un possessore di buona fede cui va sempre congiunto, i *jus retentionis* § 3. Inst. Tit. *de rerum divisione* 2, 1; Fr. 33, *de condictione indebiti* 12, 6 (5).

E se la cosa da conferire siesi deteriorata per dolo o colpa del discéndente che la ebbe, egli deve risponderne Fr. 1. § 23, e fr. 2, § 2, *de collatione bonorum* 37, 6. (6).

Modi pe'quali si fa la collazione, e differenza tra la collazione e la imputazione derivante dal principio dell'eguaglianza tra i successibili.

§ 724. La collazione si fa mediante la comunicazione della cosa in natura nello stato in cui si trova al tempo della morte dell'ascendente, senza che però sia stata deteriorata per dolo o colpa del con-

(1) Teoria uniforme, art. 1008.
(2) Teoria uniorme, art. 1008.
(3) Teoria uniforme, art. 1013.
(4) Teoria uniforme, art. 1018 e 1019.
(5) Teoria uniforme, art. 1023.
(6) Teoria uniforme, art. 1020.

Digitized by Google

ferente Fr. 1, § 23; Fr. 2 ff. *de collatione bonorum* 37, 6. Ovvero si fa per imputazione cioè col percepire dalle cose ereditarie tanto di meno quanto corrisponde al valore della cosa che si deve conferire. Fr. 2, § 12 *de collatione bonorum* 37, 6; L. 5. Cod. *de collationibus* 6, 20, nel quale caso si à riguardo al valore che le cose aveano al tempo dell'aperta successione. Arg. L. 20 princ. Cod. *de collationibus* 6, 20; L. 30 § 2, Cod. *de inofficioso testamento* 3, 28. Fra tali due modi, colui che deve conferire può scegliere quello che più gli piace L. 1, § 12 *de collatione bonorum* 37, 6.

Sicchè la differenza tra la collazione e l'imputazione è che la collazione è reale, cioè si fa in natura, restituendo alla massa ereditaria i beni donati nell'identica loro individualità; e la imputazione è collazione fittizia computandosi cioè il valore de'beni avuti nella porzione cui si à diritto (1).

V'era anche per Diritto Romano un terzo modo, cioè la cauzione fidejussoria o pignoratizia se mai fosse stata incerta la quantità da conferirsi. Fr. 1. § 9 e seg. *de collatione bonorum* 37, 6; Fr. 1 § 7, *de dotis collatione* 37, 7.

Cause per le quali la collazione manca.

§ 725. Sono tre.

La prima consiste nella dispensa espressa o tacita dell'ascendente, e della quale abbiam parlato trattando del principio regolatore al § 721.

La seconda è il perimento della cosa da conferire, quante volte però sia perita per caso fortuito senza dolo o colpa dell'erede, percioccbè in tal caso vale la massima *res perit domino*, e i padroni sarebbero tutti i coeredi. Fr. 2 § 2 *de collatione bonorum*. 36, 6. (2).

La terza è la rinuncia alla eredità, fatta da quello che è tenuto alla collazione poichè (come abbiamo veduto al § 722.) per essere obbligato alla collazione bisogna essere non solo discendente ma anche erede, e con la rinuncia alla eredità manca la qualità ereditaria. Onde il discendente potrà ritenere le cose dategli dall'ascendente, e

---

(1) Teoria uniforme art. 1015 e 1025. Ma oggi la collazione de' mobili si dee sempre fare per imputazione del valore che essi aveano al tempo della donazione, perchè si consumano, e del consumo à goduto il conferente, art. 1024. La collazione degl'immobili si fa a scelta del conferente, e se questi sceglie la imputazione, si calcola il valore che gl'immobili ànno al tempo dell'aperta successione, art. 1015, 1017. Il conferente non à diritto a scelta, e deve soltanto imputar, se à alienato od ipotecato lo stabile soggetto a collazione, art. 1016.

(2) Teoria uniforme, art. 1012.

Digitized by Google

non concorrere per la legittima, rinunciando alla eredità. Nov. 92 Cap. 1. L. 25 Cod. *familiae erciscundae* 3, 36; Fr. ult. *de dotis collatione* 37, 7. (1). La largizione fattagli però sarebbe riducibile, quante volte non resti salva la legittima altrui, giusta quanto si è detto al § 587.

Imputazione derivante dal riguardo dovuto alle donazioni e a' testamenti.

§726. Abbiamo veduto che una delle sanzioni per la salvezza della legittima è la riduzione delle liberalità fatte dal testatore. Il legittimario ha il diritto di far ridurre le donazioni e i legati se la legittima non gli resti salva. — Veggasi quanto è detto al § 587.

Ma quante volte il legittimario agisca per riduzione delle liberalità dal defunto fatte ad altri, è giusto che nella legittima ch' egli pretende si tengano a calcolo le liberalità dal defunto fatte a lui medesimo, onde l' obbligo nel legittimario, che cerca la riduzione per gli altri, d'imputare alla quota che gli spetta le liberalità ond'è egli stato innanzi avvantaggiato.

Ma questa imputazione non muove, come l'altra precedente e della quale fin qui abbiamo discorso, dal principio della eguaglianza che si presume voluta dal testatore fra coeredi, ma muove invece dall'altro principio della tutela dovuta alle donazioni e alle disposizioni testamentarie, perchè sieno il più che è possibile efficaci — La ragione è che non sono interessati in tale imputazione soltanto i discendenti coeredi, ma vengono invece a conflitto gl' interessi divergenti de' donatarii e de' legatarii con gl'interessi dei legittimarii.

Così, un figlio ha ricevuto un assegno, una figlia ha avuto la dote — Morto il genitore dopo aver fatto in sua vita delle donazioni, e col testamento de' legati, se i figli si lamentino che il defunto abbia ecceduto nelle liberalità e non sia a loro rimasta salva la legittima, ognun vede la giustizia per la quale il figlio debba calcolare nella legittima l'assegno fattogli, e la figlia la dote avuta, meno quando il padre li avesse dispensati da tale imputazione, perchè in tal caso dovrebbe sempre valere la volontà del testatore.

Il precetto di Diritto Romano su questo punto è che se il legittimario non ha avuto la sua legittima intera, egli può con l'azione espletoria domandarne il compimento, e nella valutazione della legittima si calcolano i beni in qualunque modo avuti dal testatore, cioè sia per atto tra vivi, sia a causa di morte, purchè il defunto dando

(1) Teoria uniforme, art. 1003.

que' beni per atto tra vivi o per causa di morte non abbia dichiarato di volere che tali beni non dovessero computarsi nella legittima.

Da ciò si vede la ulteriore differenza che passa tra questa specie d'imputazione e l'altra di cui abbiamo innanzi parlato. Dappoichè

1° Questa imputazione è dovuta da qualunque legittimario — L'altra è dovuta da' soli discendenti.

2° Questa imputazione comprende e le donazioni e i legati—L'altra esclude i legati—Veggasi quanto è detto nel § 587 — Veggansi inoltre le L. 4, 5, 7, 12, 17, 19, 20 Cod. *de collationibus* 6. 20, e L. 29 Cod. *de inofficioso testamento* 3. 28 (1).

§ 727. Abbiamo detto che questa imputazione è dovuta da qualunque legittimario e che comprende le donazioni e i legati.

Or che siano legittimarii i discendenti e gli ascendenti ed anche i fratelli e le sorelle se loro si preferisca una turpe persona non vi è dubbio (2). Il dubbio sta se debbano esser considerati come legittimarii e per conseguenza sottoposti alla imputazione di cui discorriamo i figli naturali ed il coniuge.

In quanto ai figli naturali abbiamo già detto al § 584 che per diritto romano non avevano la legittima sulla eredità paterna, ma che l'avevano sulla eredità materna e ne abbiamo ivi spiegata la ragione. Da ciò seguiva che i figli naturali non avevano l'obbligo della imputazione rispetto ai beni del padre e l'avevano rispetto ai beni della madre, perchè i figli naturali succedevano alla madre insieme coi figli legittimi. L. pen. Cod. *ad Senatus Consultum Orphitianum* 6. 57. Arg. Fr. 19 § 1 *de inofficioso testamento* 5. 2 (3).

Pe' coniugi poi, se il matrimonio si fosse fatto con la *conventio in manum*, il marito e la moglie si trovavano nei rapporti di padre e figlio, onde entrambi rientravano nella categoria dei legittimarii, e perciò come ogni altro legittimario erano soggetti alla imputazione. Se il matrimonio si fosse fatto senza la *conventio in manum*, mancava il rapporto agnatizio, e per conseguenza niuno dei due era legittimario dell'altro. Sopraggiunta però la quarta ussoria disposta da Giustiniano in favore del coniuge povero, come abbiamo detto al § 587, quell'imperatore dispose ancora che il coniuge

---

(1) Teoria uniforme, art. 1026.

(2) Oggi i fratelli e le sorelle non hanno diritto a legittima. Veggasi quanto è detto in nota al § 584 e seguenti.

(3) Per Codice civile i figli naturali devono imputare alla porzione in cui succedono tutto ciò che hanno ricevuto dai genitori e che sia soggetto a collazione. Art. 746 ed 820 capoverso. Per la legittima spettante ai figli naturali. veggasi nota al § 587.

Digitized by Google

dovesse imputare alla quarta le donazioni ed i legati. Auth. praeterea Cod. Tit. *Unde vir et uxor* 6. 18; Novella 53. Capo 6. — S' intende sempre parlare delle donazioni valide fra coniugi — Fr. 5 e Fr. 66 § 1 *de donationibus inter virum et uxorem* 24. 1. — L. un, § 13. Cod. *de rei uxoriae actione* 5. 13 — Fabro, Cod. lib. VI. Tit. 23 (1).

Frodi ne' contratti tra ascendenti e discendenti.

§ 728. Il figlio emancipato restava liberato dalla potestà paterna, ed era rimpetto al padre considerato come un estraneo, e potea perciò anche contrattar con lui, ciò che era assolutamente vietato al figlio che era sotto la patria potestà per la massima — *pater et filius pro una persona habentur*. Se il figlio emancipato concorreva alla successione paterna, dovea conferire tutti i beni che avea.

Con tal sistema non era possibile alcuna frode a danno di un figlio facendo il padre apparire un contratto oneroso con altro figlio. Dapoichè o il contratto oneroso, vero o fraudolento che fosse, era fatto col figlio sotto la patria potestà, ed era nullo; o era fatto col figlio emancipato, e questi concorrendo alla successione paterna dovea mettere in collazione tutti i beni ch'egli avea.

Il Diritto Romano perciò non facea alcuna presunzione di frode per qualche contratto in apparenza oneroso che si fosse fatto tra padre e figlio, contratto che in realtà fosse diretto a ferire l' interesse di altri figli, e specialmente delle figlie femine. L. 1. Cod. *de collatione* 10. 29; L. ult. Cod. *de impuberum et aliis substitutionibus* 6. 26; Fr. 4 e Fr. 11 *de judiciis* 5. 1. Fram. 7 *de obbligationibus et actionibus* 44. 7; L. 13 in fine Cod. *de transactionibus* 2. 4. Fr. 7. § 9 *de minoribus 25 annis* 4. 4. L. ult. Cod. *de bonis quae liberis acquiruntur* 6. 61; § 7. Inst. Tit. *De inutilibus stipulationibus* 3. 20 (2).

---

(1) Per Codice civile l'art. 1026 dispone che il donatario o legatario avente diritto ad una porzione legittima, il quale domandi la riduzione delle liberalità fatte a favore dal defunto come eccedenti la porzione disponibile, deve imputare alla sua porzione legittima le donazioni ed i legati fatti a lui. Or egli ha diritto ad una porzione legittima, Art. 753 a 755 ed 820, e perciò o si tratti di successione testata od intestata, deve imputare le liberalità precedentemente fattegli dall'altro coniuge. Ma il Codice vuole inoltre che il coniuge imputi ciò che acquista in forza della convenzione matrimoniale e dei lucri dotali. Art. 756 ed 820 capoverso.

(2) Oggi ha perduta ogni forza la massima *pater et filius pro una persona*

Digitized by Google

Petizione di eredità

§ 729. La petizione di eredità é un' azione tutta petitoria (vedi § 352) concessa all'erede affinchè sia riconosciuto in tale qualità, e gli sia dato il possesso del patrimonio ereditario con le accessioni e frutti. Codesta azione perciò suppone un contrasto nella qualità di erede.

La definizione che se ne dà è — *Actio adversus eum qui pro herede nel pro possessore possidet, ut actor pro herede declaretur, et hereditas ei cum omni caussa et accessione, fructibus et indemnitate restituatur.* (1)

Possiede alcuno *pro herede* una eredità quando dice egli essere erede: la possiede *pro possessore* quando ne à un possesso *animo domini*, e vi si vuol mantenere col *possideo quia possideo*, e contrasti intanto all'attore la qualità ereditaria. § 4. Inst. de *interdictis* 4, 15; fr. 12, e fr. 19 *de hereditatis petitione* 5, 3.

La petizione di eredità si riduce alla rivendicazione, onde risente degli elementi proprii di essa, ma n' è affatto distinta.

Di vero: gli elementi della rivendicazione sono. 1 proprietà nell' attore—2 possesso nel convenuto.—3 cosa che si rivendica (vedi § 370); e nella petizione di eredità, gli elementi sono anche tre, cioè—1 qualità di erede, che mena alla conseguenza della proprietà

---

habentur — e può qualunque figlio contrattar col padre; ed il figlio emancipato che concorra alla successione paterna deve conferire non tutti i suoi beni, ma soltanto quelli donatigli senza dispensa dalla collazione. Le frodi perciò potrebbero facilmente verificarsi, per danneggiare più di tutto le figlie femine, e favorire i maschi. — Onde il Codice presume come donazione con dispensa dalla collazione qualunque alienazione che si faccia in favore di un legittimario *a capitale perduto* o con riserva di usufrutto, e il Codice perciò vuole che i beni così alienati sieno imputati alla porzione disponibile, e l'eccedente sia conferito alla massa, art. 811 — Dicesi *a fondo perduto* l'alienazione quando non è rappresentata da un equivalente nel patrimonio, come per esempio per una rendita vitalizia da prestarsi dal legittimario: dicesi con *riserva di usufrutto* quella nella quale l'alienante si è riservato un usufrutto, quantunque vi sia stabilito un prezzo. In tali due casi si travede la frode, perchè il padre vuole favorire il figlio dandogli la nuda proprietà, a scapito di altri figli e riservandosi egli durante la vita il godimento de' beni che apparentemente aliena a titolo oneroso. Nella maggior parte de' casi, si può esser sicuri che tali contratti tra padre e figlio sono fraudolenti, e la legge guarda i casi ordinarii.

Ben vero la presunzione di frode cessa per que' legittimarii che avrebbero diritto a reclamare e che sieno intanto concorsi all'alienazione, art. 811, dapoichè l'assenso da essi dato dimostra chiaramente che il contratto non è simulato, ma è vero.

(1) La petizione di eredità é riconosciuta per Codice civile, il quale la ricorda nell'articolo 44.

Digitized by Google

nell'attore—2 possesso della eredità nel convenuto. 3 eredità che si rivendiea.

Gli elementi differenziali tra l'una e l'altra son due, cioè — 1 nella prima si chiede una cosa singola, e nella seconda l'intera eredità o una quota di essa — 2 nella prima non è, e nella seconda è contrastata la qualità ereditaria nell'attore.

Tale azione spetta all' erede, e perchè per diritto Romano v'erano eredi civili, pretorii. e fedecommissarii, veniva concessa a tutti costoro. Era pur data come azione utile al compratore della eredità, che si poneva al luogo di colui dal quale avea fatto acquisto Fr. 1, 3, e 54 *de hereditatis petitione* 5, 3 (1) E si rivolge contro il possessore Fr. 9 ed 11 *eodem*, e con le distinzioni già fatte per la rivendicazione al § 732 (2).

Oggetto della petizione di eredità è di far dichiarare erede l'attore, e come di conseguenza a far condannare il convenuto a restituirgli le cose ereditarie.

Or per queste bisogna avvertire alla regola che *in universalibus pretium stat loco rei, et res loco pretii* Fr. 22 *de hereditatis petitione* 5, 2. Di che segue che il possessore di buona fede non solo deve restituire la eredità, ma anche il prezzo di ciò che sia stato da lui venduto, ed i frutti dal ritratto de'quali egli sia divenuto più ricco, non già i frutti dal giorno della domanda com' è per la rivendicazione di cosa singolare (vedi § 375 391 e 392) Fr. 16 § 1; fr. 20 § 3, 6, 12 e 16; fr. 22; fr. 25 § 11 e 15; fr. 27, § 1; fr. 36, § 4; fr. 52 e 56 *de hereditatis petitione* 5, 3 (3). Il possessore di mala fede invece deve restituire non solo tutti i frutti percepiti, ma anche quelli che avrebbe potuto percepire fr. 20. § 6; fr. 25, § 2 e 4 *eodem*.

Ma da sua parte l' attore deve rivalutare il possessore di buona fede delle spese e migliorie sieno necessarie, utili, o voluttuarie fr. 38 e 39 *de hereditatis petitione* 5, 3; e il possessore di mala fede delle spese necessarie in ogni caso, delle utili soltanto nel caso che esistano, e per le voluttuarie deve permettere che si tolgano, se ciò possa farsi re salva, fr. 39. § 1. *eodem* (5).

(1) Per Codice Civile si riconoscono soli eredi civili, e non è dubbio che ad essi si concede la petizione di eredità arg. art. 44, 439 e 720.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 44, 439 e 720.

(3) Per Codice Civile la teoria è uniforme in quanto alla restituzione del prezzo delle cose vendute, art. 933 capov. 1; ma per riguardo alla restituzione de'frutti il possessore di buona fede li deve dal giorno della domanda giudiziale, art. 933 capov. 2.

(4) Teoria uniforme, arg. art. 703 e seg. 1147 e 1151.

(5) Per le spese e migliorie si segue il diritto comune, cioè si applicano le norme proprie della rivendicazione, già esposte in nota al § 375.

Digitized by Google

DIRITTI DI OBBLIGAZIONE

§ 730. I diritti sulle cose riduconsi a tre, cioè — 1 diritti reali — 2 diritti di eredità — 3 diritti di obbligazione. Quali sieno i punti principali di contatto e quali le precipue differenze tra codesti diritti si è già detto nei § 272 e 322.

Abbiamo già trattato de' diritti reali a' § 325 e seguenti, e dei diritti di eredità ai § 550 e seguenti, ed ora dobbiamo intrattenerci sui diritti di obbligazione.

In generale il diritto di obbligazione si verifica quando alcuno ha un diritto verso di altri, affinchè questi adempia ad una determinata prestazione. È idea già cennata al § 322.

Le prestazioni consistono in una dazione o in un fatto. La dazione accade o per conferire ad altri la semplice detenzione, come nel deposito e nel pegno; o per l' uso e godimento, come nella locazione e nel comodato; o pel trasferimento ed abbandono della cosa stessa come nella vendita. Il fatto comprende tutte le residue posizioni positive o negative, cioè il fare ed il non fare una qualche cosa, come per esempio il fabbricare una casa o il non elevarla oltre una determinata altezza.

Ecco perchè si dice che tutte le obbligazioni si riducono a dare, fare, e non fare.

Ma qualunque prestazione deve sempre avere in se un valore patrimoniale, ovvero deve potersi ridurre ad un tal valore. *Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*. Fr. 25 § 1, *de obbligationibus et actionibus* 44, 7.

Spiritualizzando il concetto della obbligazione si trova che essa è la forza di assoggettare la volontà di una persona ad estrinsecarsi in una certa direzione e per ragione di uno speciale fatto obbligatorio a favore della persona investita del diritto; o, in altri termini, la obbligazione consiste nel diritto all' esecuzione di un determinato atto positivo o negativo per parte di una determinata persona ed a causa di una speciale ragione.

Dopo di ciò può intendersi la definizione della obbligazione la quale è *juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae*. Inst. Tit. *de obligationibus* pr. 3, 13.

Tale definizione è sufficientemente spiegata da quanto abbiamo ora detto.

Ma a bene schiarirla fa d' uopo aggiungere che — 1 si dice *vinculum juris*, perchè si tratta di dovere giuridico e non soltanto mo-

Digitized by Google

rale — 2 si dice *necessitate adstringimur*, perchè a quel dovere risponde un diritto assistito dalla coazione — 3 si dice *alicujus rei solvendae*, perchè il dovere si riduce sempre ad una prestazione, cioè ad una dazione o ad un fatto (1).

§ 731. Di che segue che il ligame obbligatorio deve ripassare tra due persone almeno, delle quali chiamasi creditore quella che à il diritto, e debitore l' altra cui incombe il dovere. *Creditores appellantur quibus quacumque ex causa actio competit.* Fr. 16, § 2 *qui et a quibus manumissi liberi* 40, 9. *Debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest.* Fr. 108 *de verborum significatione* 50, 16.

E segue del pari che ne' diritti di obbligazione, a differenza de'diritti reali, la persona che à il dovere è designata e determinata nel momento stesso in cui sorge il diritto e ciò avviene anche ne' delitti e quasi delitti, dapoichè la obbligazione per essi à origine al momento della lesione.

§ 732. Tutta la vasta materia delle obbligazioni va distinta in due parti, l' una generale, e l'altra speciale, contenendosi nella prima le norme generali comuni alle specie diverse di obbligazioni, e nella seconda le norme proprie di ciascuna di tali specie.

PARTE GENERALE

§ 733. Le obbligazioni vanno distinte — 1. nelle sorgenti — 2. nelle specie — 3. negli effetti — 4. nella estinzione.

SORGENTI DELLE OBBLIGAZIONI

§ 734. Sebbene tutti gli scrittori siano di accordo che le sorgenti delle obbligazioni sono cinque, cioè 1. contratto — 2. quasi contratto — 3. delitto — 4. quasi delitto — 5. legge; pure discordano nel classificarle e nel ridurle razionalmente a punti concentrici — È d' uopo avere una idea chiara de' diversi sistemi presentati.

Alcuni dicono che quelle cinque sorgenti si riducono al fatto giuridico dell' uomo, di cui abbiame estesamente discorso a' § 4 e seguenti, e 297 e seguenti, non potendo senza fatto giuridico aversi obbligazione alcuna.

E così, gli alimenti in famiglia (vedi § 229 e seguenti) suppon-

(1) Tutti tali principii reggono anche per Codice Civile, e la definizione medesima può ritenersi a base degli articoli 1097, 1123, 1219, e 1223.

Digitized by Google

gono un fatto giuridico precedente, quale sarebbe il matrimonio e l' altro fatto della miseria che dà diritto al soccorso — L' obbligo di pagare le tasse suppone il possesso della cosa — Non v' è dunque obbligazione senza fatto giuridico per lo quale appunto sorge il rapporto di diritto — Può sorgere una obbligazione senza partecipazione diretta del creditore o del debitore, può la legge collegare in via immediata la nascita di una obbligazione all' esistenza di certi fatti, ma che sempre questi fatti debbano esistere, e che da tali fatti promanano le obbligazioni è cosa da non porsi in dubbio.

Altri più positivi dicono che le obbligazioni derivano dalla legge o dal fatto dell' uomo — Dalla legge, quando s' impone un obbligo che non à per causa occasionale un fatto da cui direttamente provvenga l' obbligo medesimo, ma questo è collegato invece al verificarsi di una qualche circostanza, come l' obbligo degli alimenti e del pagamento de' tributi — Dal fatto dell' uomo, quando esso produce in via diretta la obbligazione: tale fatto è lecito o illecito, dal lecito si à il contratto e il quasi contratto; dall' illecito il delitto e il quasi delitto.

Altri finalmente ammettono che un fatto giuridico direttamente o indirettamente debba dare origine alla obbligazione, ma nel fatto alcune volte concorre ed altre volte non concorre il consenso delle parti (Pothier, Obbligazioni, § 2 e 113; Vangerow 1, § 121).

Onde la distinzione delle obbligazioni convenzionali, e delle obbligazioni senza convenzione—Le convenzionali si riducono tutte a'contratti — Quelle senza convenzione a'quasi contratti, a' delitti e quasi delitti, ed alla legge. Noi ci atterremo a quest' ultimo sistema come quello che delinea meglio la teoria (1).

Obbligazioni convenzionali

§ 735. Queste ànno per fonte il consenso delle parti e prendono il nome di *convenzione* o *contratto*, e la definizione è—*Duorum vel plurium in idem placitum consensus de dando aliquo vel faciendo.* Si dice *duorum vel plurium*, perchè dovendo esservi quegli che à il diritto, e l'altro che à il dovere, deggiono concorrere almeno due persone — *in idem*

(1) Il Codice Civile Francese adotta quest' ultimo sistema e distingue le obbligazioni in convenzionali e senza convenzione, e alloga fra le prime i contratti e fra le seconde i quasi contratti, i delitti, e i quasi delitti, lasciando alla dottrina di trarre dalle singole disposizioni del Codice le obbligazioni derivanti dalla legge — Il Codice Civile Italiano non segue quì alcun sistema, perchè aborre da nozioni puramente scientifiche e soltanto accenna nell' art. 1097 che le sorgenti delle obbligazioni sono cinque, cioè contratti, quasi contratti, delitti, quasi delitti e legge.

Digitized by Google

placitum consensus, perchè debbono essi convenire in un determinato obbietto giuridico — *de dando aliquo vel faciendo*, perchè il contratto, come qualunque altra obbligazione, importa che l' obbligato sia tenuto ad una prestazione la quale si riduce sempre ad una dazione o ad un fatto positivo o negativo (veggasi § 730).

Come si vede , il contratto riposa eminentemente sul consenso , ond' è d' uopo avere idea precisa di questo.

La definizione che si dà del consenso è — *actus voluntatis, quo rem cujus bonitatem intellectus comprehendit, adprobat, ad eandem consequendam fertur*. Si dice *actus voluntatis quo rem adprobat*, perchè è necessario un atto volitivo che si affermi per un obbietto determinato. Si dice *cujus bonitatem intellectus comprehendit* , perchè la volontà deve essere rischiarata dalla intelligenza. *Ad eandem consequendam fertur*, perchè la volontà deve manifestarsi per conseguire l'obbietto voluto — In altri termini per aversi il consenso è mestieri che agiscano i requisiti eminenti delle facoltà mentali, cioè la intelligenza e la volontà.

Ma l' atto di volontà dev' esser sempre reso manifesto perchè possa aver valore legale ; e la manifestazione può essere a parole, e può anche aversi co' fatti — Se la si à a parole, il consenso sarà espresso: se la si à co' fatti il consenso sempre si avrà, e soltanto sarà tacito. Così , come potrebbe dubitarsi del consenso di un comunista alla fabbrica fatta dall' altro comunista sul fondo comune , se quegli lo avesse visto, avesse assistito, ed anche aiutato, senza profferir parola alcuna in contrario ? Il fatto riesce allora più eloquente della parola stessa, ed il consenso è evidente.

Si ritenga dunque che tanto vale il consenso espresso quanto il tacito , e che per l' uno o per l'altro può esser costituito un contratto, ma che tanto nell' uno quanto nell' altro debbono concorrere ed essere non dubbie la intelligenza e la volontà nell' *idem placitum*.

Se non che, oltre al consenso espresso e al tacito, può esservi il consenso presunto, e bisogna esser chiari per farlo intendere , riuscendo in generale oscuri su questo punto gli scrittori di diritto e romano e civile.

Il consenso presunto si à quando non esiste consenso nè espresso, nè tacito, quando cioè questi assolutamente manchino , e la Legge lo presuma non già da un fatto che possa accennare alla esistenza del consenso, ma in vista di una ragione di utilità o di equità, cioè da una circostanza che consigli per la utilità o per la equità di fingere e ritenere un consenso che alcuno non à mai dato nè espressamente nè tacitamente — Nella mancanza di consenso, non si po-

Digitized by Google

trebbe certamente ritenere un contratto, ma per la finzione della Legge si à un ligame che si accosta al contratto, e che vien chiamato *quasi contratto*, di cui terremo discorso.

Stabilito così che pel consenso, espresso o tacito che sia, si à il contratto, e che pel consenso presunto si à il quasi contratto, torniamo a discorrere de' contratti perchè questi costituiscono il primo fonte delle obbligazioni, di cui ora ci siam proposti tener parola.

Per questa prima sorgente delle obbligazioni, cioè pe' contratti, deggionsi esaminare quattro punti, cioè

1. Sistema contrattuale,
2. Divisione de' contratti
3. Requisiti,
4. Effetti di essi.

Sistema contrattuale.

§ 736. Per Diritto Romano i cottratti erano distinti in quattro grandi classi, cioè in reali, verbali, letterali e consensuali.

Reali, a *re*, quando il contratto non esisteva senza la tradizione della cosa, ed i contratti reali erano il mutuo, il commodato, il deposito e il pegno.

Verbali, a *verbis*, quando non esisteva il contratto senza adoprar parole solenni determinate dalla legge, le quali erano dall' una parte *spondes* e dall' altra *spondeo*: questa era la classe più estesa, perchè qualunque obbligazione se si fosse stipulata con tali parole rientrava subito tra i contratti verbali. La ragione per la quale v'era un contratto nominato verbale adoperandosi dalle due parti tali parole, consisteva in ciò che con quella formola si richiamava seriamente l'attenzione di esse, e si fissava in modo chiaro, breve e rigoroso la obbligazione cui il promittente assoggettavasi — E per codesta forma verbale, che era la più usitata e volgare, e che chiamavasi *stipulazione*, venne dato il nome di *stipulante* al contraente che veniva investito del diritto, e *promittente* all' altro che restava obbligato.

Letterali dicevansi que' contratti ne'quali lo scritto era di essenza, e versavano specialmente sopra un caso particolare nel contratto di mutuo.

Consensuali erano quelli che si perfezionavano col solo consenso, ed erano cinque cioè compravendita, locazione, enfiteusi, società, mandato — Tutti i contratti, come si è d' innanzi cennato, richiedevano per elemento essenziale il consenso, ma questi soli cinque si perfezionavano col solo consenso.

Se non che i contratti sono infiniti e svariati per quanto possono esserlo i bisogni umani, e perciò i Giureconsulti oltre ai con-

Digitized by Google

tratti suddetti, che chiamarono *nominati*, fecero quattro grandi generiche classi di contratti che chiamarono *innominati* — Le quattro classi furono quelle di—*Do ut des*—*Do ut facias*—*Facio ut des*—*Facio ut facias*—Per esse, come si vede, era necessario la dazione o il fatto, a cui si riduce qualunque prestazione che forma oggetto di un contratto (vedi § 730). Se mai alcuno avesse dato una cosa perchè altri avesse dato o fatto qualche altra cosa, ovvero se alcuno avesse fatto una cosa perchè altri avesse dato o fatto qualche altra cosa, si avea un contratto di piena forza giuridica ma che non avea nome — Il Giureconsulto vedeva la dazione o il fatto per avere un' altra dazione o un altro fatto, e non potea a meno di restar colpito e riscontrarvi il vincolo di diritto.

Se poi non si fosse trattato di dazione o di fatto, e il contratto non fosse nè anche rientrato nelle quattro classi de' contratti nominati, cioè reali, verbali, letterali e consensuali, il Giureconsulto s'insospettiva perchè dubitava che le parti non avessero agito seriamente — E di vero costava così poco adoperar la forma de' contratti verbali, cioè adoperar le parole *spondes*, *spondeo*, e perchè le parti non vollero osservarla? Quando dunque esse non avessero adoperato tale semplice forma constituente il contratto verbale e non si fosse trattato di contratto reale , letterale o consensuale , nè vi fosse stata la certezza derivante dalla dazione o dal fatto, il Giureconsulto non riconosceva ligame obbligatorio civile.

Or i patti erano precisamenti codeste convenzioni che non rientravano nè tra i contratti nominati nè tra gl'innominati. Onde la definizione che si dà del patto è — *conventio destituta nomine et caussa*, *quae obligationem civilem sua natura producere possit.* Ad intendere questa definizione è mestieri conoscere il significato che qui hanno le parole *nomen et caussa*—*Nomen* è il nome speciale del contratto, e così il mutuo, la vendita, etc. *Caussa* è la ragione per la quale il contratto ha la sua forza civilmente obbligatoria, e così pe' contratti reali la causa è la tradizione, pe' verbali è la solennità delle parole, pei letterali è lo scritto, pei consensuali è il consenso, e pe' contratti innominati la causa è la prestazione cioè la dazione o il fatto (1). Per lo che la definizione del patto riesce chiara. Si dice — *conventio destituta nomine et caussa*, perchè una convenzione si ha sempre, ma che non è protetta dalla legge, perchè questa non le assegna un nome, nè vi trova quella ragione che vi si deve riscontrare per darvi forza obbligatoria, onde nella definizione sono aggiunte le parole — *quae obligationem civilem sua natura producere possit.*

---

(1) La parola *causa*, nel senso di ragione per la quale una obbligazione ha forza giuridica sta nella rubrica del capo I Titolo IV libro III Cod. Civ.

Digitized by Google

Ma non perciò si creda che i Giureconsulti Romani autorizzassero la perfidia. Tutt' altro. Ulpiano, a proposito appunto de' patti, dice — *Grave est fidem fallere* Fr. 1 *de constituta pecunia* 13, 5. Essi invece pensarono che costituendo i contratti una legge fra i contraenti dovessero avere tutte le apparenze di serietà. Come d'innanzi si è avvertito, essi volevano che, mancando la realtà presente di una dazione o di un fatto (che avrebbe costituito un contratto innominato) si fosse adoperata la forma della stipulazione, ch'era il modo più semplice e a dir così volgare per stringere un vincolo obbligatorio.

Per altro il Diritto Romano dovè piegare a riconoscere qualche forza giuridica a' patti. Alcuni di essi divennero obbligatorj per legge, e tali furono ad esempio i patti dotali. Altri si resero obbligatori dal Pretore, e tale fu ad esempio il patto della ipoteca. Si resero pure in generale obbligatorii tutt' i patti aggiunti a'contratti di buona fede. Non era possibile soffrire che la dote pattuita si fosse poi impunemente non pagata, che non avesse a tenersi calcolo di un vincolo ipotecario sopra cui si fosse consentito, e che i patti aggiunti specialmente a' contratti bilaterali potessero essere spregiati dall' obbligato. Or tutti codesti e simili patti pe'quali fu data forza obbligatoria dalla legge, dal Pretore, o dalla circostanza di essere aggiunti a' contratti di buona fede, furon chiamati *vestiti*, per la ragione che si poteano far valere in via di azione, ebbero cioè la veste dell'azione in diritto.

A tutti gli altri patti poi fu pure data una forza, ma limitata alla sola eccezione, onde furon detti *nudi*, perchè non erano rivestiti di azione, non si potea cioè con essi agire, ma si potea soltanto difendere (1).

---

(1) Per Codice Civile il sistema si è semplificato — Non si fa più distinzione tra contratti e patti, essendosi questi unificati con quelli — Tutti i contratti hanno per base il consenso, argom. art. 1098 e 1104 capov. 2, e si distinguono in nominati e innominati, secondochè abbiano o non abbiano un nome determinato dalla legge — Quantevolte non lo abbiano, si applicano le regole generali dei contratti, e per analogia quelle de'contratti nominati che più vi si accostano, art. 1103. Se non che vi sono anche oggi i contratti letterali, cioè quelli che non hanno esistenza senza lo scritto, art. 1314, e vi è il deposito che non esiste senza la tradizione, art. 1837. Per lo che oggi, bandita la differenza tra contratti e patti, i contratti si distinguono in consensuali, letterali, e reali, secondochè per la loro esistenza basta il solo consenso, ovvero è necessario lo scritto, o la tradizione.

Digitized by Google

Divisione dei Contratti

§ 737. I contratti hanno cinque divisioni, cioè — 1. Unilaterali e bilaterali, i quali ultimi si distinguono in perfetti e imperfetti—2. A titolo gratuito ed a titolo oneroso, i quali ultimi van distinti in commutativi ed aleatorii—3. Principali ed accessorii — 4. Solenni e non solenni — 5. Di buona fede e di stretto diritto (1).

1. I contratti unilaterali sono quelli pe' quali resta obbligato un solo de' contraenti, come ad esempio è pel mutuo, per lo quale è tenuto il solo mutuatario per la restituzione. I bilaterali, detti anche sinallagmatici, sono quelli pe' quali restano obbligati entrambi i contraenti, come ad esempio è per la vendita, per la quale il venditore deve consegnare la cosa, e il compratore deve pagarla. Ma vi sono de' contratti pe' quali da principio è obbligato un solo de' due contraenti, ed *ex post facto* resta obbligato l'altro. Così, per esempio, nel contratto di deposito, l'obbligo è del solo depositario per la restituzione della cosa: nel mandato l' obbligo è del solo mandatario, il quale deve compiere l'impegno preso. Ma se il depositario ha fatto delle spese per la conservazione della cosa, il deponente deve risarcirgliele: se il mandatario si e dispendiato per la esecuzione del mandato, ha diritto ad esserne indennizzato. Or i contratti pe' quali da principio restano obbligati tutti e due i contraenti si chiamano *bilaterali o sinallagmatici perfetti,* e quelli pe' quali da principio resta obbligato un solo, ed *ex post facto* sorge l'obbligo dell'altro si chiamano *bilaterali o sinallagmatici imperfetti.* Codesta differenza tra i contratti bilaterali perfetti e imperfetti trovava per diritto romano un riscontro nelle materie delle azioni, perchè i bilaterali perfetti avevano fin dal principio due azioni, e così per la vendita v' erano l'*actio empti* pel compratore nel fine di avere la cosa, e l'*actio venditi* pel venditore nel fine di esser pagato del prezzo; ma per i bilaterali imperfetti v'era un' azione sola, la quale distinguevasi in diretta e contraria, e quest' ultima si facea valere per l' indennizzo, e così pel deposito v'era l'*actio depositi directa* per riavere la cosa depositata, e l'*actio depositi contraria* per essere indennizzato; pel mandato v' era l'*actio mandati directa et contraria.* Tutte le azioni contrarie davansi sempre *ad indemnitatem* (2).

2. I contratti a titolo oneroso sono quelli pe' quali vi è un equi-

(1) Queste divisioni, meno l'ultima, sono oggi riconosciute — Veggansi le seguenti note.

(2) La distinzione tra contratti unilaterali e bilaterali è ricordata nell' articolo 1099 e 1100.

Digitized by Google

valente dall'una e dall'altra parte, quando cioè ciascuna delle parti deve dare o fare qualche cosa, come ad esempio è nella vendita. Sono invece a titolo gratuito quelli pe' quali non vi è equivalente tra le parti cioè quando una sola si obblighi a dare o a far qualche cosa per spirito di liberalità o di beneficenza, com'è nella donazione.

I contratti a titolo oneroso poi si suddividono in commutativi ed aleatorii, secondochè il vantaggio sia certo per entrambe le parti, come è nella vendita; ovvero il vantaggio per tutte e due le parti o almeno per una sola dipenda da avvenimento incerto, come è nel giuoco, nel contratto di assicurazione ec. (1)

3. Principali sono i contratti che stanno da sè, come la vendita, la locazione, la società ec. Accessorii sono quelli che si riferiscono ad altro contratto di cui si suppone necessariamente l'esistenza come il pegno e la fidejussione (2).

4. Solenni sono i contratti che hanno causa, cioè ragione di esistenza dalla forma, e in diritto romano erano i contratti verbali e letterali, pe' quali soli v'era formalità esteriore stabilita dalla legge. Non solenni erano gli altri i quali non traevano dalla forma la loro ragione di esistere (3).

Pe' contratti di buona fede e di stretto diritto terremo or ora parola fra gli effetti de' contratti, nel quale punto cade a proposito parlarne con qualche cura (4).

Requisiti de' contratti

§ 738. Questi sono quattro, cioè — 1. Consenso — 2. Capacità di obbligarsi — 3. Oggetto certo — 4. Causa lecita.

Consenso

§ 739. Del consenso, che è la base di tutti i contratti, si è discorso al § 735, ove abbiamo veduto in che consiste, e come possa essere espresso e tacito.

Qui ci occorre soltanto fare alcune avvertenze.

La prima è che quando alcuno non è capace di consenso, come sarebbe pe' fanciulli di pochi anni, e pe' matti nel momento della furia, il contratto non esiste per la mancanza di questo primo re-

(1) Teoria uniforme, art. 1101 e 1102.

(2) Teoria uniforme, art. 1447, 1568, 1697, 1878, 1898, e 1964

(3) Teoria uniforme, art. 213, 311, 1314, 1341, 1382, 1978.

(4) Per Codice Civile tutti i contratti sono di buona fede. Veggasi quanto si dirà in nota agli effetti de' contratti.

Digitized by Google

quisito, non già perchè l'uno fosse infante e l'altro matto. È il difetto delle facoltá mentali che rende giuridicamente inefficaci i loro atti, non già la loro incapacità per l' età o la condizione in cui essi trovansi (1).

La seconda è che il consenso non dev' essere viziato da errore, dolo o violenza, de' quali vizii abbiam parlato estesamente ne' § 306, 307, 308 (2).

La terza è che le volontà de' contraenti debbono perfettamente incontrarsi nell'*idem placitum*. Fr. 1, § 1, 2, e 3 *de partis* 2. 14.

La quarta è che, essendo il contratto costituito dall'offerta e dall'accettazione, la semplice offerta, chiamata *pollicitazione*, non vincola e può essere ritrattata finchè l'accettazione non segua (3). È assai controverso se un contratto fra assenti per mezzo di messi o di lettere possa dirsi perfetto, e sia perciò vietata la ritrattazione, quando l'accettazione vi è stata ma non è giunta ancora a notizia dell'offerente (4).

La quinta è che gli atti preparatorii per giungere alla conclusione, di un contratto non producono obbligazione, come non la produce la descrizione scritta de' punti essenziali, purchè però non possa ritenersi intervenuto il consenso per la perfezione del contratto mediante gli atti medesimi (5).

Capacità di obbligarsi

§ 740. La capacità di obbligarsi non deve esser confusa con la teoria precedente relativa al consenso. Se alcuno incapace di consentire faccia un contratto, come ad esempio, un fanciullo di quattro a cinque anni, il contratto non è già nullo per la incapità di lui, ma è nullo per la mancanza di consenso. Del pari se un matto, nel momento di furia, contratti con alcuno, si ha la nullità per mancanza di consenso. Ne abbiamo parlato nel § precedente.

Questo secondo requisito della capacità di obbligarsi non ha che fare col primo requisito relativo al consenso. É incapace di obbligarsi quegli che potrebbe consentire perchè ha intelligenza e volontà, ma che trova un divieto nella legge, la quale glielo impedisce (6).

Or per diritto romano erano incapaci i pupilli, i minori, i pro-

(1) Teoria uniforme, art. 1104, capoverso 2.

(2) Veggasi in tali §§ il sistema del Codice Civile.

(3) Teoria uniforme, art. 1104 capov. 2.

(4) È controverso anche oggi per Codice Civile, ma si propende per l'affermativa, principalmente perchè la legge nell'art. 1098 richiede l'accordo, cioè il consenso, e questo, che senza dubbio esiste, non resta distrutto dalla circostanza della notizia non giunta all' offerente, di che la legge non parla.

(5) Teoria uiforme, art. 1104 capov. 2.

(6) Teoria uniforme, art. 1105.

Digitized by Google

dighi, e le donne, almeno fino a che durò la tutela perpetua di esse. Noi ne abbiamo parlato a lungo nei § 247, 252 e 253, e vi abbiamo esposto il sistema romano per essi, e le ragioni per le quali in alcuni casi restavano essi obbligati (1).

Vi erano poi altri incapaci per qualche determinato contratto, e di essi si parlerà a proprio luogo (2).

Oggetto certo

§ 741. La certezza dell'oggetto si spiega in tre guise.

1. L'oggetto dev' esser determinato almeno nel suo genere, e al segno che possa essere concretamente stabilito e offrire una utilità. Così, obbligandosi alcuno a dare un animale, farebbe cosa nulla. Veggansène le ragioni estesamente esposte parlando del genere e della specie al § 311 (3).

2. Dev'essere possibile obbiettivamente. E così sarebbe impossibile per natura l'obbligo di far cadere la manna dal cielo, e sarebbe impossibile per legge l'alienazione di cosa che è fuori commercio. Ma a nulla rileva se la impossibilità sia subbiettiva, cioè se quegli che ha contratto l' obbligo non possa adempirvi, perchè in tal caso si può a sue spese farvi adempiere da un altro. Fr. 1 § 9 *de obligationibus et actionibus* 44, 7; § 1. Inst. *de inutilibus stipulationibus* 3, 19; fr. 137 § 5, *de verborum obligationibus* 45. 1. (4).

3. Deve dare un utile al creditore, ma non è mestieri che l'utile sia pecuniario, invece basta che gli rechi un qualche vantaggio materiale o morale (5).

Del rimanente l'oggetto esiste ed è valido anche quando sia futuro, come per esempio i frutti che provverranno da un seminato, Fr. 73 *de verborum obligationibus* 45, 1 (6).

Causa lecita

§ 742. Ogni contratto deve avere la ragione movente pe'contraenti, ragione che, più che in diritto romano, venne ne' tempi posteriori chiamata *causa*. E così ne' contratti a titolo oneroso, la ragione sta nel vantaggio che i contraenti si propongono di ritrarre l'uno dall' altro; e ne' contratti a titolo gratuito la ragione in chi esercita la liberalità sta nel proposito di beneficare, e in chi la riceve sta nel-

(1) Veggansi nelle note di tali § il sistema vigente per Codice Civile.
(2) Teoria uniforme, art. 1106 capov. ult.
(3) Teoria uniforme, art. 1117. Veggasi quanto è detto in nota al § 311.
(4) Teoria uniforme, art. 1116.
(5) Teoria uniforme, arg. art. 36 Cod. proc. civile.
(6) Teoria uniforme, art. 1118.

Digitized by Google

l'avere la cosa. Qui la parola *causa* si prende in senso diverso da ciò che abbiamo detto nel § 736; perciocchè mentre qui *causa* significa ragione per la quale i contraenti si sono spinti a contrattare, nel § 736 *causa* significa ragione per la quale la legge riconosce forza obbligatoria alle convenzioni.

Or goè arla che per qualunque contratto vi dev' essere la causa, cioè la ragione movente, e questa dev'essere lecita. Se la causa non v'è, o non è lecita, la obbligazione è nulla.

La causa non v' è, quando non esiste, ovvero è falsa. Così, incendiata a capo di sei mesi la casa che presi in fitto per tre anni, finisce la causa per la quale io deggio pagarvene la pigione. Se converremmo che invece di pagarvi il denaro legatovi da mio padre, vi darò grano, e poi si trovi un testamento posteriore che revochi il legato, la convenzione è nulla per falsa causa.

La causa è illecita quando è contraria alla legge, al buon costume, o all'ordine pubblico. Fr. 7 § 4; fr. 7 § 7 *de pactis* 2, 14; Fr. 2, § 3, *de doli mali et metus exceptione* 44, 4; Fr. 19, 26, 27, 61, 123, e 124 *de verborum obligationibus* 45, 1 (1).

Effetti dei contratti

§ 743. Se ne noverano sei.

Il primo è che il contratto forma legge fra le parti. *Contractus legem ex conventione accipiunt* fr. 1, § 6, *depositi vel contra* 16, 3. E perciò il contratto ha effetto fra le sole parti, senza che possa pregiudicare o giovare a' terzi, onde l'assioma — *obbligatio personam non egreditur, adeoque adversus tertium non producit*. Fr. 25 pr. *de obligationibus et actionibus* 44, 7 (2).

Per altro bisogna avvertire che taluni diritti, senza uscir dalla cerchia dei diritti di obbligazione, hanno per obbiettivo diretto ed immediato una cosa anche nelle mani di un terzo sol perchè ne è possessore, ma non perciò costituiscono diritti reali. Il possesso della cosa che forma oggetto della obbligazione ha per taluni casi la forza di far rivolgere l' azione contro il possessore, benchè questi sia un terzo estraneo alla obbligazione (3).

Codesti diritti, che hanno una certa natura singolare, davano luogo

(1) Teoria uniforme, art. 1119 e 1122. Ma perchè si deve sempre credere che l'uomo agisce per una ragione che lo muove, il Codice dichiara che il contratto è sempre valido anche quando non ne sia espressa la causa, la quale si presume fino a prova contraria, art. 1120 e 1121.

(2) Teoria uniforme, art. 1123.

(3) Teoria uniforme. Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

alle azioni *scriptae in rem*, di cui noveransi cinque specie, cioè — l'*actio noxalis* — 2. *paulliana* — 3. *quod metus caussa* — 4. *ad exhibendum* — 5. *aquae pluviae arcendae*. Tali azioni dicevansi *scriptae in rem*, quasicchè non la persona ma la cosa venisse a formare il termine di rapporto nel ligame obbligatorio.

Di ciascun diritto che dava luogo a tali cinque azioni si tien discorso a proprio luogo, ma qui è mestieri chiarire come mai essi possano rivolgersi contro i terzi.

1. L'azione nossale, di cui parleremo fra i delitti, si dava pei danni commessi dai servi, e per antico diritto Romano anche per i danni commessi dai figli di famiglia. Il danneggiato poteva domandare o il risarcimento del danno o la consegna in proprietà del servo che lo avesse commesso, e poteva rivolgersi contro il padrone, o contro il possessore se mai quegli lo avesse alienato. Il diritto non lasciava di essere di obbligazione perchè trattavasi di risarcimento di danno; ma ciò non ostante potea farsi valere contro il terzo il quale non era tenuto per fatto obbligatorio, ma invece lo era come possessore del servo (1).

2. L'azione paulliana, della quale terremo discorso nella parte generale de' contratti, è diretta dal creditore contro un terzo e tende alla cosa del debitore per farla rientrare nel patrimonio di costui, il quale l' ha alienata per frodarlo. È sempre un'azione personale, la quale si appoggia al delitto della frode, ma ciò non pertanto può farsi valere contro i terzi, anche quando questi alcuna volta non fossero partecipi della frode medesima (2).

3. L'azione *quod metus caussa* si ha per la violenza che vizia il consenso e annulla la obbligazione. — Ne abbiamo parlato al § 308. Or la violenza può esser fatta non solo dal contraente, ma anche da un terzo estraneo al contratto, ed a differenza del dolo che è sempre personale, la violenza vizia il contratto, anche quando sia fatta dal terzo. (vedi § 308). Or se alcuno spiega azione per nullità del contratto a causa di violenza fatta da un terzo, deve ciò non ostante rivolgerla contro l'altro contraente, il quale è estraneo alla violenza, e che è pel fatto della violenza un vero terzo. Onde accade che si riuniscono per la violenza gli estremi dell'azione *scripta in rem*, cioè— 1. diritto di obbligazione derivante dal delitto di violenza, o anche dal contratto che s'impugna di violenza—2. è rivolta contro un terzo, cioè contro l'altro contraente estraneo alla violenza —3. tende alla cosa che ha formato oggetto del contratto (3).

(1) Per Codice Civile l'azione nossale non è riconosciuta.

(2) Teoria uniforme, art. 1235.

(3) Teoria uniforme, art. 1111 e 1115.

Digitized by Google

4. L'azione *ad exhibendum*, di cui si terrà parola nelle obbligazioni derivanti dalla legge, si ha per la presentazione della cosa su cui si ha un diritto. Così, fattasi la divisione de'beni ereditarii, se i titoli di proprietà son rimasti presso di uno degli eredi, vi è diritto a farli presentare, laddove bisognino. Ma se quel coerede presso cui rimasero i documenti, li abbia dati ad altri, cui abbia venduto i beni toccatigli, chi agisce per la presentazione deve rivolgersi al compratore, il quale è un terzo, perchè la divisione di cui fece parte quella consegna ripassò tra coeredi, e il compratore, che è possessore attuale de' documenti, è un terzo estraneo alla divisione medesima. Or concorrono i tre estremi per l'azione *scripta in rem*— 1. diritto di obbligazione, cioè azione personale derivante dal contratto di divisione— 2. azione rivolta contro un terzo, cioè contro il compratore de' beni, nuovo depositario de'documenti, ed estraneo al contratto di divisione — 3. azione che tende alla cosa, cioè alla presentazione de' documenti (1).

5. L'azione *aquae pluviae arcendae* è relativa alle servitù delle acque, ed è principalmente diretta ad evitare il danno derivante dall'acqua piovana che nuoccia per un qualche manufatto altrui - Veggasi quanto è detto ai § 496 e 497. Or se alcuno dopo averlo fabbricato, venda il fondo ad un terzo, questi può esser costretto dal danneggiato a rimuovere il manufatto medesimo, benchè sia stato estraneo alla costruzione di esso. Concorrono perciò i soliti tre estremi, cioè— 1. diritto di obbligazione, e perciò azione personale—2. rivolta contro un terzo, cioè contro il possessore attuale del fondo che non costruì il manufatto — 3. tende alla cosa, cioè a togliere il manufatto, causa del danno (2).

Nè si dica che, ne' suddetti cinque casi, non è un terzo quegli che è convenuto, e che invece questi vi sarebbe soggetto come avente causa dell'obbligato. Perciocchè il successore a titolo singolare, quale sarebbe il compratore, non deve rispondere de' fatti del suo autore, onde l'assioma *successor universalis, non successor singularis, tenetur praestare facta auctoris sui.*

Il principio di diritto, che anima e regola codesti cinque casi diversi, è un solo, come abbiam detto innanzi, cioè il possesso della cosa, sopra cui la obbligazione resta in certo modo infissa ed iscritta. Il dovere dipende dalla posizione di possessore di una determinata cosa che ha in se penetrata la obbligazione rispondente ad un diritto altrui (3).

(1) Teoria uniforme, art. 675, 999.
(2) Teoria uniforme, art. 536, 537, 538 e 539.
(3) Principio uniforme — Veggansi le precedenti note.

Digitized by Google

§ 744. Il secondo effetto de' contratti è che i contratti bilaterali sono ordinariamente di buona fede e gli unilaterali di stretto diritto. Dicevansi gli uni di buona fede perchè questa presedeva ne' giudizii relativi, e v' era maggior latitudine nel Giudice, il quale potea più accostarsi alle regole di equità, di uso, ec. Dicevansi gli altri, cioè gli unilaterali, di stretto diritto perchè il Giudice dovea essere più rigorosamente attaccato al contratto , e non potea punto spaziarsi. Onde accadeva che ne' contratti bilaterali il Giudice concedea al creditore gl' interessi pel solo effetto della mora cioè del ritardo del debitore, e ne' contratti unilaterali non potea senza un patto espresso L. 3. Cod. *de usuris* 4, 32; ne' bilaterali la compensazione operava di diritto , e negli unilaterali per forza della eccezione di dolo, ciò che venne in ultimo mutato da Giustiniano § 80. Inst. *de actionibus* 4, 6. La ragione di codesta differenza tra i contratti di buona fede e di stretto diritto era che quelli come bilaterali presentavano un obbligo in tutte e due le parti , onde la latitudine del Giudice avea un equilibrio in tale reciprocanza tra esse, mentre i contratti di stretto diritto , essendo unilaterali , potevano facilmente menare al maggiore aggravio di quel solo che era obbligato (1).

§ 745. Il terzo è che il contratto non à la forza di trasferire i diritti reali, ma deve concorrervi la tradizione; vale a dire il contratto per diritto romano dava luogo all' azione personale per lo adempimento, cioè per la consegna della cosa o per l'esercizio del diritto reale sulla cosa medesima, per la quale si avea la proprietà o il diritto reale dopo seguita la tradizione. Ne abbiamo estesamente discorso a'§ 408, 409, e 412 (2).

§ 746. Il quarto è che quando alcuno contratta si presume che lo faccia per sè, pe' suoi eredi, ed aventi causa, i quali ultimi sono i successori a titolo particolare, come i legatarii, i compratori, i donatarii ec. La ragione è che ciascuno contrattando mira all' interesse suo, de' suoi,

(1) Per Codice Civile la distinzione tra contratti di buona fede e di stretto diritto non è stata ritenuta, e tutti i contratti sono di buona fede, e in buona fede debbono essere eseguiti, ed obbligano non solo a quanto è ne' medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l' equità, l' uso, e la legge ne derivano, art. 1124. Onde segue che oggi per tutti i contratti i danni interessi si debbono per la mora, cioè pel ritardo, art. 1225 e 1231, e per tutti i contratti la compensazione opera di diritto, art. 1286.

(2) Il Codice Civile non à ritenuto questo principio ed à stabilito invece che il dominio passa per forza del loro contratto senza bisogno di tradizione. Ma ciò è limitato a' soli contraenti, perchè la convenzione allora à forza per riguardo a' terzi quando pei mobili sia seguita la tradizione, e per gli stabili sia fatta la trascrizione, che è una specie di tradizione pubblica. Veggansi le note a' medesimi § 408, 409, e 412.

Digitized by Google

e in generale di tutti coloro che avran causa da lui. La ricchezza economica del contraente è senza dubbio da lui valutata quando entra con altri in un rapporto obbligatorio, onde l'interesse di lui si estende fino agli eredi e a chi a causa da lui. Fr. 52 § 1, *de pactis* 2, 14; Fr. 143, 175 § 1, e 177 pr. de *regulis juris* 50, 17. Di che segue che passa agli eredi anche la sola speranza; onde, fattosi ad esempio un contratto sotto condizione sospensiva, e morto lo stipulante, la speranza passa all' erede § 4, Inst. *de verborum obligationibus* 45, 1.

A tale principio però si fa doppia eccezione, cioè, 1. quando siesi espressamente pattuito il contrario , perchè ogni presunzione deve tacere di fronte alla volontà manifestata — 2. quando la natura della convenzione si opponga a che passi agli eredi, come ad esempio l' usufrutto il quale termina con la morte; ovvero si opponga a che passi ad aventi causa, come ad esempio sarebbe l' uso. (Veggansi § 513 e 515) (1).

§ 747. Il quinto effetto è che niuno può obbligare altri con la sua promessa—*Alium obligare promissione sua nemo potest*—E la ragione è che manca il consenso del terzo, il quale non può restare obbligato senza sua volontà —Ma la regola medesima non à più vigore quando sievi penale, mandato, ratiabizione, od obbligo a che il terzo dia o faccia; perciocchè se siesi stabilita una penale laddove il terzo non adempia, il promittente vi resta tenuto, avendo questi assunto per la penale un impegno per se stesso; se siavi mandato, non v'à più un terzo , ma v'ha un contraente come mandante; se abbiavi ratiabizione, questa è equiparata al mandato; e se il promittente siesi obbligato a che il terzo dia o faccia, egli si è compromesso per la dazione o pel fatto altrui, e, non riuscendovi, risponde de'danni interessi. § 3, Inst. *de inutilibus stipulationibus* 3, 19, Fr. 83 e 97 § 1 *de verborum obligationibus* 45, 1 (2).

§ 748. Il sesto è che niuno può stipulare se non per se stesso, purchè non sia di suo interesse la stipulazione a vantaggio altrui—*Nemo alii quam sibi potest stipulari, nisi sua interest.* § 4 e 19. Inst. *de inutilibus stipulationibus* 3, 19; Gaj. Inst. 3, 103; Fr. 38, § 17 *de verborum obligationibus* 45, 1.

Bisogna bene intendere questo punto , e ricordare innanzi tutto che chiamasi stipulante quegli in cui vantaggio l' obbligazione è fatta, e promittente l' altro a cui ne sta il peso come si è detto al § 736.

Or niuno può stipulare se non per se stesso, e la ragione è che

(1) Teoria uniforme, art. 1127. Veggansi note a tali § 513 e 515.

(2) Teoria uniforme, art. 1129, 1209, 1737, 1241, e 1218.

Digitized by Google

se mai alcuno stipulasse a vantaggio altrui, mancherebbe nello stipulante l' interesse, che in tutti i contratti deve riscontrarsi, come si è cennato al § 742.

Ma quando invece l' interesse vi si trovi, il contratto è valido.

Tale interesse può insinuarvisi in varie guise.

Può farsi una stipulazione a vantaggio altrui, la quale formi condizione di una stipulazione che si fa per se stesso, come per esempio io ti vendo la mia carrozza per mille lire se tu dai lire cinquecento a Cajo — In questo caso si avrebbe la stipulazione per le mille lire a mio vantaggio, sottoposta alla condizione del dono delle cinquecento lire a vantaggio di un terzo che è Cajo — L' interesse dello stipulante v' è, e consiste nel prezzo della vendita della carrozza, e il contratto perciò è valido.

Ciò che si è detto pel contratto a titolo oneroso, può del pari ripetersi per un contratto a titolo gratuito, nel quale può innestarsi il vantaggio del terzo — Così io ti dono il mio palazzo, se tu doni a Cajo la tua pariglia di cavalli — In questo caso l' interesse è evidente, perchè vi è il contratto di donazione, ma questa è soggetta alla condizione che si doni un' altra cosa ad un terzo.

L' interesse dello stipulante a vantaggio di un terzo si può manifestare anche per mezzo di una penale a vantaggio proprio — Cosi tu ti obblighi per me a fare questa o quella cosa per Tizio con la condizione che non facendola darai lire mille a me — Il contratto sarebbe valido senza dubbio, perchè è mio interesse che tu faccia quella tal cosa.

Se non che fa d' uopo avvertire che il vantaggio che ritrae il terzo con stipulazioni somiglianti è d' ordinario una donazione, e questa per suo istituto non è valida se non segua l' accettazione del donatario, la quale accettazione si può fare anche con atto separato, come meglio vedremo parlando delle donazioni.

Or si avrebbe da una parte un contratto fra due persone, e d'altra parte una donazione che lo stipulante del contratto fa al terzo, il quale è nell' obbligo di accettarla se vuole goderne gli effetti— Di che segue che fino a quando il terzo non abbia accettato la donazione fatta in suo favore dallo stipulante, questi può rivocarla, e che non lo può tostochè l'accettazione del terzo sia seguita (Veggasi Facchineo *Controv*. 8. con gli autori da lui citati). Lo stipulante sarebbe per riguardo al terzo non più, nè meno di un donante onde si seguono i principii proprii della donazione (1).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1128.

Digitized by Google

Obbligazioni senza convenzione.

§ 749. Abbiamo parlato della unica sorgente di quelle obbligazioni che prendono capo dal consenso delle parti, cioè de' contratti.

Ma le sorgenti delle obbligazioni son cinque, cioè contratti, quasi contratti, delitti, quasi delitti, e legge (vedi § 734). Onde ci resta a parlare delle altre quattro per le quali il consenso delle parti non v' à punto a che fare..

Qui dobbiamo discorrerne sulle generali, riservandone la trattazione speciale alla seconda parte (vedi § 732).

Quasi contratti.

§ 750. Conosciamo già da quanto si è detto, al § 735 che come i contratti poggiano sul consenso espresso o tacito, così i quasi contratti si basano sul consenso presunto — Non esiste per questi il consenso, ma la legge lo finge e lo presume per ragioni di equità o di utilità a base di un fatto che, quantunque abbia per iscopo un effetto giuridico, non è però diretto essenzialmente a costituire quella obbligazione che poi dal fatto medesimo deriva. Così, se siasi ricevuto un pagamento indebito, si presume che chi lo à avuto voglia essere equo a restituirlo, onde l'obbligo della restituzione. Così del pari, se alcuno gerisce gli affari di un altro per fargli del bene, si presume che questi vi consenta perchè ciascuno è interessato al bene proprio, onde l' obbligo del gestore alla resa di conto, e del gerito all'indennizzo. Per lo che la definizione del quasi contratto è—*facta honesta quibus et ignorantes obligantur ex consensu ob aequitatem vel utilitatem praesumpto* — Si dice *facta honesta* perchè da' fatti contrarii alla morale o condannati dalla legge sorgono altre obbligazioni cioè i delitti e i quasi delitti — *quibus et ignorantes obligantur*, perchè essendo finto il consenso in vista di utilità e di equità, può restare obbligato anche quegli che niente sappia del fatto che dà origine alla obbligazione, come meglio si vedrà nella parte speciale — *ex consensu ob aequitatem vel utilitatem praesumpto*, non esistendo il consenso se non per presunzione, per argomento che la legge trae.

Si chiamano *quasi contratti*, sia perchè contratti certamente non sono dal momento che il consenso manca, ma vi si avvicinano di molto, e ne rivestono la natura, sia anche perchè ogni quasi contratto à lo stampo di un qualche contratto, e così il pagamento dell'indebito lo à nel mutuo, la gestione di negozio lo à nel mandato ec.

Digitized by Google

Tutti i quasi contratti muovendo da ragioni di equità e di utilità ànno il loro fondamento in tre regole generali di diritto, cioè — 1. *Quisque praesumitur consentire in id quod utilitatem adfert* — 2. *Nemo praesumitur cum alterius damno fieri velle locupletior* — 3. *Qui vult quod antecedit non debet nolle quod consequitur.*

Basti così per la parte generale intorno all' argomento de' quasi contratti, i quali saranno svolti ne'singoli istituti alla parte speciale.

Delitti e quasi delitti

§ 751. La cognizione precisa della teoria romana intorno a'delitti e quasi delitti non presenterebbe in un lavoro elementare di diritto civile, qual'è il nostro, alcun vantaggio, anzi intorbiderebbe di molto le menti de'giovani, sia perchè la materia penale è distinta dalla civile, sia anche perchè, a dire il vero, le leggi penali di Roma non offrono costantemente quella maturità politica e quella sapienza che danno invece nelle leggi civili tanta luce.

Saremo per tanto assai brevi, e toccheremo de' soli principii direttivi che valgano a discernere il delitto e il quasi delitto relativamente alla responsabilità civile.

Il rapporto obbligatorio sorge non solo dal consenso espresso, tacito o presunto, per lo quale alcuno resta ligato a dare o a fare qualche cosa ad un altro (ciò che ha formato oggetto dei contratti e quasi contratti) ma sorge ancora da azioni contrarie di per se al diritto. Se uno faccia cosa contraria alla legge ed offenda il diritto altrui, è troppo giusto che risarcisca il danno. Quando l' agente lo ha fatto per dolo, si à il delitto: quando lo à fatto per colpa, si ha il quasi delitto. Questo è il punto, che deve principalmente aversi di mira per non errare. Se si tratta di dolo, di cui abbiamo parlato al § 307, v'è delitto, se si tratta invece di colpa di cui al § 309, v'è quasi delitto. E quì pure accade notare ciò che si è avvertito nei quasi contratti, cioè che il quasi delitto si accosta al delitto, ma non lo è, perchè nel fondo si trova la colpa e non il dolo, ed ogni quasi delitto ha pure il suo prototipo in un delitto.

Inoltre si avverta bene che il delitto ed il quasi delitto civili non van costituiti soltanto da' delitti e quasi delitti preveduti e puniti dal Codice Penale, ma da tutte quelle azioni nelle quali si riscontra il dolo o la colpa e che han cagionato danno ad altri, benchè in linea penale non sieno punibili.

Fermate queste idee elementari, si possono intendere le definizioni.

Il delitto si definisce *factum illicitum dolo admissum quo alterius utilitas laeditur*. Si dice *factum illicitum* perchè deve trattarsi di un fatto contrario alla legge, civile o penale che sia — *dolo admissum*, perchè

Digitized by Google

per la esistenza del delitto civile fa mestieri che concorra il dolo cioè la rea coscienza dell'agente — *quo alterius utilitas laeditur*, perchè deve esservi il danno della parte offesa, mentre, se non vi è, non è possibile sperimentare azione civile a base di delitto, dal momento che mancherebbe l'interesse ad agire, l'oggetto sopra cui dovrebbe contestarsi la lite civile.

Il quasi delitto poi si definisce — *Factnm illicitum sola culpa sine dolo malo admissum, quo alierius utilitas laeditur*. Si dice *factum illicitum sola culpa sine dolo malo admissum*, perchè per la esistenza del quasi delitto, il quale si poggia sull'elemento della colpa, basta che si riscontri nell'azione commessa qualche cosa di contrario alla ordinaria prudenza e diligenza, e si deve risponderne qualche volta anche pe' fatti altrui, come il padre pel figlio, il padrone pel servo ec.— *quo alterius utilitas laeditur*, perchè mancando il danno non potrebbe esservi azione civile (1).

Pel delitto e pel quasi delitto v'ànno tre regole. La prima è che il fatto costitutivo del delitto o del quasi delitto può essere positivo o negativo (2). La seconda è che l' obbligo del risarcimento mena alla solidalità di tutti coloro che concorsero nello stesso fatto, cosicchè il danneggiato che è il creditore può rivolgersi e pretender l'intero da qualunque di essi, perchè come essi seppero unirsi nell'azione commessa, è giusto che restino uniti per risarcirne il danno (3). La terza è che il minore di età risponde de' delitti e quasi delitti in via civile, perchè come à avuto discernimento ad inferire il danno, è giusto che ne subisca le conseguenze. S'intende sempre però che egli abbia la perspicacia necessaria a distinguere il bene dal male, e si trovi in tale età e con tale sviluppo delle facoltà mentali da esser capace di dolo o di colpa senza di cui il delitto e il quasi delitto non esistono (4).

Obbligazioni che derivano dalla legge

§ 752. La legge per ragioni di equità, di necessità, di utilità, di libertà e di ordine sociale impone alcune volte de'doveri nella esistenza di certi fatti, a' quali non é direttamente collegata una obbligazione. Un fatto giuridico è sempre d'uopo che concorra per la esistenza di un obbligo qualunque ; ma quando questo deriva dalla

(1) Tutti tali principii sono uniformi per Codice Civile. Veggansi, art. 1151 e 1152.
(2) Teoria uniforme, art. 1151 e 1152.
(3) Teoria uniforme, art. 1156.
(4) Teoria uniforme, art. 1306

Digitized by Google

legge, non si riscontra nel fatto la cooperazione delle parti obbligate, e invece si trova che per occasione di codesto fatto la obbligazione sorge per virtù di legge. Così per la prestazione degli alimenti, di cui si è discorso al § 229, v' è il fatto della miseria di chi li chiede, e il fatto del matrimonio che ha dato luogo alla parentela. Così del pari pel pagamento de' tributi, v'è il fatto del godimento della cosa o dell' esercizio di un arte o di una professione.

Tornando col pensiero a' diversi istituti percorsi sinora, vi si veggono molti obblighi somiglianti. Tra i diritti di famiglia si trovano gli obblighi degli alimenti ora ricordati, della dotazione alle figlie, § 172, del divieto dell' alienazione della dote, § 183, del dovere di assumere la tutela e la cura, § 236. Per la proprietà si ànno i tributi da noi ora cennati, la espropriazione forzata per causa di pubblica utilità, di cui al § 365, l' obbligo di restituire le cose perdute, § 421, la denuncia di nuova opera, § 355, il danno temuto, § 361, lo spoglio, § 349. Per le servitù si ànno l'azione diretta ad evitare il danno derivante dall'acqua piovana per un manufatto altrui (*aquae pluviae arcendae actio*) § 496, le servitù stabilite per utilità pubblica, § 464, le discipline imposte alla proprietà nell'interesse pubblico o privato, § 475 e seguenti, la cauzione che deve dare l'usufruttuario, § 508. Per le successioni si à la cauzione cui è tenuto l'erede pel pagamento de' legati a termine o sotto condizione, di cui al § 667, e così di altri casi svariati.

Talune obbligazioni che derivano dalla legge formano degl'istituti importanti come l'obbligo di rendere testimonianza, quello di esibire una cosa, l'azione istitoria ed esercitoria, la legge *Rhodia et de jactu* ec. e ne terremo parola nella parte speciale.

SPECIE DELLE OBBLIGAZIONI

§ 753. Vedutesi le sorgenti delle obbligazioni (§ 733) passiamo ad esaminarne le specie, le quali sono al numero di sei, cioè:

1. Naturali, civili, e miste.
2. Divisibili e indivisibili.
3. Pure, condizionali e a termine.
4. Parziali, correali e solidali.
5. Principali ed accessorie.
6. Semplici, complesse, facoltative ed alternative.

Digitized by Google

Obbligazioni naturali, civili e miste.

§ 754. Naturali sono quelle che si appoggiano al solo diritto di natura, senza che assista la legge civile, come ad esempio il debito già prescritto, il debito di giuoco ec.

Civili sono quelle obbligazioni che si appoggiano alla sola legge civile, senza che assista il diritto di natura , come ad esempio sarebbe la obbligazione contratta per errore, dolo o violenza, perchè avrebbe valore finchè non venga annullata.

Miste sono quelle che si appoggiano al diritto civile e naturale insieme, come la vendita, la locazione ec. Codeste obbligazioni miste si distinguevano per diritto romano in civili e pretorie, altrimenti dette onorarie, secondochè erano assistite dal diritto civile propriamente detto, come Leggi, Plebisciti ec., ovvero dal diritto onorario de' Magistrati, e specialmente del Pretore (veggansi § 43 e 47) (1).

Or le obbligazioni miste e le obbligazioni civili si possono far valere mediante azione ed eccezione, vale a dire conferiscono al creditore la facoltà di chiamare in giudizio il debitore , e conferiscono a costui il mezzo di difendersi. Ma le obbligazioni naturali non producono azione fr. 16 § 4 *de fidejussoribus* 46. 1; fr. 94 § 3 *de solutionibus* 46 , 3 ; e sebbene non sieno confermate dal diritto civile, pure impediscono la ripetizione di ciò che si è pagato per adempimento di esse fr. 16 § 4 *de fidejussoribus* 46, 1; possono servire di fondamento ad obbligazioni civili accessorie, come fideiussione, pegno , ed ipoteca fr. 5 pr. e fr. 14 § 1 *de pignoribus et hypothecis* 20.1, § 1. Inst. *de fidejussoribus* 3.20; e possono trasformarsi in una obbligazione mista, cioè naturale e civile insieme, mediante novazione o costituto per parte di un terzo, fr. 1. § 1., *de novationibus* 46.2, fr. 1. § 6 e 7 *de pecunia constituta* 13.5. La ragione è che le obbligazioni naturali ànno nel fondo tutta la equità , alla quale la legge non può fare un aperto e totale contrasto , onde ammette la validità della esecuzione da parte del debitore, e la validità del sostegno che venga a darvi un terzo.

Per altro si avverta bene che la obbligazione naturale non solo può non essere confermata, ma può essere anche tassativamente riprovata dalla legge o in tutto o in parte. Se è riprovata in tutto , non avrà alcun effetto, e si ammette la ripetizione di ciò che si è

---

(1) Per Codice Civile le obbligazioni vengono anche distinte in naturali, civili e miste, arg. art. 1237 , 1300 , 1104 , ma non più si conosce la differenza delle miste in civili propriamente dette ed onorarie , essendo diverse oggi le fonti del diritto positivo (veggasi nota al § 50).

Digitized by Google

pagato, come in diritto romano accadeva pel giuoco, fr. 26 *de condictione indebiti* 12, 6; fr. 4. § 1 *de aleatoribus* 11. 5. Se poi è riprovata in parte, avrà que' soli effetti che la legge concede in modo espresso: così per diritto romano le obbligazioni dell'impubere senza l'intervento del tutore erano nulle quante volte non fosse divenuto più ricco, ma pure potevano avere due effetti, perciocchè — 1. Se egli pagava dopo uscito di tutela, o pagava con l'intervento del tutore, o pagavano i suoi eredi, il pagamento era valido, fr. 42 pr. *de jurejurando* 12. 2; fr. 14. § 1 *de condictione indebiti* 12. 6; fr. 21 pr. *ad legem falcidiam* 35. 2; fr. 64 pr. *ad Senatus Consultum Trebellianum* 36. 1; fr. 25. § 1 *quando dies legatorum* 36. 2; fr. 95. § 2 *de solutionibus* 46. 3. — 2. Per le obbligazioni del pupillo senza l'intervento del tutore, erano valide le fideiussioni e i pegni costituiti dai terzi. Fr. 35 *de receptis* 4. 8; fr. 42 pr. *de jurejurando* 12. 2. (1).

Obbligazioni divisibili e indivisibili.

§ 755. La obbligazione è divisibile o indivisibile a seconda della prestazione cioè della cosa che ne forma l' obbietto.

Or noi conosciamo già in che consista la cosa divisibile e in che la indivisibile, e ne'§§ 280, 281, 282 e 283 abbiamo distinta la cosa divisibile fisicamente e intellettualmente, da quella che è indivisibile

---

(1) Per Codice Civile la teoria delle obbligazioni naturali è uniforme. V'ànno anche oggi obbligazioni naturali non confermate dal diritto civile, e che sebbene non producano azione, pure impediscono la ripetizione di ciò che si è pagato art. 1237 capoverso, possono essere garentite validamente da terzi art. 1899 capoverso, e trasformarsi in obbligazione valida mediante novazione arg. art. 1267 e 1311. V'ànno obbligazioni naturali riprovate in parte dalla legge e che perciò producono i soli effetti determinati dalla legge in modo espresso, art. 1803 capoverso, e 1804. V' ànno in fine obbligazioni naturali riprovate in tutto dalla legge, e che non producono effetto alcuno, art. 1122 e 1204.

Come abbiamo per le obbligazioni naturali dato degli esempii per diritto romano, vogliamo anche darli per Codice Civile, perchè quelli dati per diritto romano non potrebbero oggi ritenersi, e cagionerebbero confusione nella mente de' giovani.

Esempio della obbligazione naturale non confermata dal diritto civile sarebbe anche oggi non solo la prescrizione, ma anche l' obbligazione assunta da un minore, perchè quando questi si obblighi ed abbia discernimento contrae obbligazione naturale, ciò che non era per diritto romano il quale per gl' impuberi proclamava la nullità dell' atto meno per alcuni effetti, arg. art. 1303 e 1309. Esempio della obbligazione naturale condannata in parte dalla legge sta nel giuoco quando il perdente sia maggiore di età, perchè egli può validamente pagare senza aver diritto a ripetere ciò che à pagato, art. 1804. Esempio delle obbligazioni naturali condannate in tutto dalla legge sta nel giuoco quando il perdente sia minore, perchè egli può ripetere ciò che à pagato, art. 1804, e sta ancora in tutti i contratti che ànno causa illecita cioè contraria alla legge, al buon costume, e all'ordine pubblico, art. 1122.

Digitized by Google

fisicamente e divisibile intellettualmente, e dall'altra che è indivisibile e fisicamente e intellettualmente.

Quì dobbiamo intrattenerci su'principii che su tal proposito son proprii della materia contrattuale.

È innanzi tutto si avverta che la teoria della divisibilità e indivisibilità si applica nelle obbligazioni in due casi, cioè— 1. quando siano più i creditori, o più i debitori — 2. quando all'originario creditore o debitore succedano più eredi. Che se uno solo fosse il creditore, questi avrebbe diritto ad esigere l'intero : se un solo fosse il debitore, anche l'intero egli dovrebbe dare.

Ciò posto, laddove trattasi di cosa divisibile fisicamente e intellettualmente, essa resta divisa tra creditori e debitori. Quattro persone son creditori di lire mille di altre quattro. Ciascun creditore à diritto di avere lire 250, e può pretendere perciò lire 62,50 da ciascun debitore.

Se invece trattisi di cosa indivisibile fisicamente, e divisibile intellettualmente, come ad esempio un cavallo, il debitore che à presso di se tale cosa deve darla, salvo a lui il regresso per essere rivaluto dagli altri condebitori. Ma non può ciascuno de' creditori dimandarla, e invece ciascuno di essi può chiedere che sia venduta e che gli si dia quella parte che gli spetta nel prezzo che se ne ritrae.

Se da ultimo si abbia una cosa indivisibile fisicamente e intellettualmente, come ad esempio l'uso di una servitù di passaggio, ciascun debitore deve dare l'intero e ciascuu creditore può pretendere l'intero.

Come si vede, la Legge richiede che si dia, o permetta che si possa pretendere l'intero, quando non è possibile di dare o di ricevere la cosa in parti. Fr. 2, § 1, 2, e 6; fr. 3, 27 pr. e 72 pr. *de verborum obligationibus* 45, 1; fr. 25 § 9, 10 ed 11 *familiae herciscundae* 10, 2; fr. 17 *de servitutibus* 8, 1; fr. 13 § 1, *de acceptilatione* 46, 4. (1).

Obbligazioni pure, condizionali e a termine.

§ 756. Ne'§ 313 a 317 abbiamo estesamente svolta la teoria della condizione e del termine, onde quì riportandoci a quanto è detto in que' paragrafi saremo brevi e aggiungeremo qualche idea strettamente propria alla materia contrattuale.

Quando la obbligazione non racchiuda condizione o termine, al-

(1) Teoria uniforme, art. 1204 a 1208.

lora dicesi *pura*, e il principio di diritto è che può chiedersene l'adempimento all' istante. *In omnibus obligationibus in quibus dies non ponitur praesenti die debetur.* Fr. 14, *de regulis juris* 50, 17. Ma sebbene il creditore abbia il diritto di esigere subito ciò che gli si deve, pure la legge vuole che adoperi modi civili e qualche temperanza, e dia l'agio necessario al debitore per adempiere alla prestazione. Così, ad esempio, la consegna di centomila ettolitri di grano non può farsi in un sol giorno e molto meno in un giorno potrebbe fabbricarsi un palazzo. *Debere statim solvere, cum aliquo scilicet temperamento temporis intelligendum est: nec enim cum sacco adire debet,* come disse Paolo nel fr. 105, *de solutionibus* 46, 3. (1).

Per la obbligazione condizionale è principio di diritto che la condizione á un effetto retroattivo al giorno del contratto. Per lo che accade che se la condizione è sospensiva, e viene a verificarsi, l'obbligazione s' intende avere esistito dal principio come se fosse pura e semplice; e quando invece la condizione sospensiva viene a mancare, l' obbligazione si à come non contratta. La condizione risolutiva per converso fa ritener come pura la obbligazione e la fa divenire invariabilmente tale se in seguito la condizione viene a mancare : che se invece si verifichi, le cose vanno rimesse nello stato in cui erano, come se l' obbligazione non avesse avuto mai luogo. Fr. 11, § 1, *qui potiores in pignore* 20, 4; Fr. 26, *de conditionibus institutionum* 28 7; fr. 41, pr. *de rei vindicatione* 6, 1; fr. 2, pr. e § 1, *de in diem addictione* 18, 2 (2).

Per le obbligazioni a termine vale la presunzione che il termine fu apposto in favore del debitore fr. 17 *de regulis juris* 50, 17, perchè si deve sempre nel dubbio favorire la sorte dell' obbligato. Ma tale presunzione deve, come ogni altra, cedere alla realtà, quante volte venga a risultare che invece il termine fu stabilito nell'interesse di entrambi i contraenti, ovvero del solo creditore (3).

Rimane a parlare di un principio tutto romano a proposito delle obbligazioni a termine. Ed è che quando il termine è finale, cioè si apponga per designare il giorno in cui l' obbligo contratto per stipulazione debba cessare (ti darò 100 ettolitri di grano all' anno per dieci anni), la obbligazione non cessava, ma perpetuavasi, e si potea soltanto elidere con eccezione. *Si ad diem quid promissum, dies statim cedit et venit, et obligatio perpetuatur, sed lapso die eliditur*

(1) Teoria uniforme, art. 1173, il quale si abbandona al prudente arbitrio del Magistrato, anche nel caso che il termine fosse rimesso alla volontà del debitore.

(2) Teoria uniforme, art. 1158, 1163, 1164, 1170, 1976 e 2120.

(3) Teoria uniforme, art. 1175.

Digitized by Google

exceptione. Lo stesso principio è ripetuto con le altre parole *ad tempus non potest deberi.* Veggasi il § 3 *Inst. de verborum obligationibus* 3, 16 ; fr. 56; § 4, *eodem* 45, 1 ; fr. 44, § 1, *de obligationibus et actionibus* 44, 7. Bisogna bene intendere codesto principio.

La stipulazione era un contratto di stretto diritto, cioè unilaterale, tanto è vero che se mai per stipulazione si fosse fatto un contratto per lo quale restavano obbligati tutti e due i contraenti, doveva farsi una stipulazione doppia , val dire ciascuno stipulante doveva stipular per se e promettere all' altro. Vi erano cioè due interrogazioni e due risposte fatte da ciascuno nel proprio interesse.

Essendo la stipulazione un contratto unilaterale , il patto che vi si aggiungeva era nudo, e produceva eccezione e non azione.

Or il termine in un contratto non è più che un patto , il quale si aggiunge all' obbligazione , e perciò il termine nella stipulazione aveva forza di patto nudo, onde tale patto si potea far valere soltanto in via di eccezione.

Fingasi ad esempio che Tizio si fosse obbligato di dare a Cajo 1000 lire all' anno per dieci anni , e che Cajo si fosse obbligato di dare a Tizio 100 ettolitri di grano per dieci anni. La obbligazione che aveva Tizio di dare a Cajo i danari era accompagnata dal patto di quel termine. E la obbligazione che aveva Cajo di dare a Tizio il grano, era accompagnata dal patto stesso del termine. Or se Tizio dopo il decennio avesse fatto citare Cajo per avere la moneta , questi avrebbe potuto in forza del patto nudo presentare la eccezione del decorrimento del termine. E così del pari , se Cajo dopo il decennio avesse fatto citare Tizio per avere il grano, questi in forza del patto nudo , avrebbe potuto eccepire che il decennio era trascorso. Ecco ora come si spiegano le parole *si ad diem quid promissum* (se si è promessa qualche cosa fino ad un determinato giorno) *obligatio perpetuatur* (l'obbligazione sta da se, distaccata dal patto nudo, si perpetua), *sed lapso die eliditur exceptione* (ma scaduto il termine si può in forza del patto nudo elidere la obbligazione mediante l'eccezione che sorgeva dal patto nudo).

Come si vede, codesto principio è tutto del mondo Romano , si riattacca non solo alla teoria della stipulazione, ma più direttamente alla teoria e differenza dei contratti e dei patti , de' quali abbiam discorso al § 736, e tale principio deve restringersi soltanto alle obbligazioni di stretto dritto, cioè alle unilaterali, tra le quali rientrava la stipulazione. Di modo che pei contratti di buona fede, cioè bilaterali, fatti senza stipulazione, come, per esempio, per la locazione, per la società ec., che erano contratti consensuali, quel principio non valeva più, e così pattuita la locazione per un anno, per dieci,

Digitized by Google

la società per un anno, per dieci, la locazione e la società finivano senza che vi fosse stato bisogno di eccezione, e ciò appunto per la ragione che la locazione e la società erano contratti di buona fede, cioè bilaterali, ed i patti aggiunti nei contratti di buona fede erano legittimi, cioè avevano piena forza di azione (1).

Obbligazioni parziali, correali e solidali.

§ 757. Le obbligazioni possono riguardare più creditori e più debitori. In tal caso la regola di dirittto è che ciascun creditore può pretendere la propria parte, ciascun debitore deve pagare la propria, onde si dice che la obbligazione è parziale. Se Tizio e Caio si dichiararono debitori di Sempronio di 100 lire, questi può esigere 50 lire da ciascuno di quelli. Se Tizio si dichiara debitore di *Cajo* e *di* Sempronio di 100 lire, egli deve darne 50 all' uno e 50 all' altro. *Quando duo vel plures se obbligant, singuli obbligantur pro rata, et si duobus vel pluribus promittitur, singulis debetur pro rata.* In altri termini il principio è che l' obbligazione tra più creditori o tra più debitori va divisa di diritto, e l' insolvibilità di uno de' debitori non nuoce agli altri, i quali debbono sempre pagare soltanto la loro parte. Fr. 11, § 1 e 2, *de duobus reis constituendis* 45,2; fr. 43 *de re judicata* 42. 1; L. 1 e 2 Cod. *si plures una sententia condemnati sunt* 7.55 (2).

La solidarietà tra creditori o debitori è una eccezione a codesto principio. *Solidum* significa intero, onde la obbligazione dicesi solidale quando ciascuno di più creditori può pretender l' intero, o ciascuno di più debitori può esser costretto al pagamento dell' intero. La solidarietà nelle obbligazioni deriva da due sorgenti, cioè o dalla volontà dell' uomo, o dal precetto della legge. Dalla volontà delle parti principalmente provveniva in diritto romano da' contratti verbali cioè dalla stipulazione che allora era la forma volgare (vedi § 736), ma potea pur nascere da altri contratti fr. 9. pr. *de duobus reis constituendis* 45.2, ed anche dal testamento fr. 25 pr. *de legatis* 32.1; fr. 8 § 1. *de legatis* 30.1. Dalla legge, come ne' delitti e quasi delitti, nel comodato ecc. (3).

---

(1) Questa teoria tutta romana, e derivante dal sistema contrattuale romano, non à riscontro per Codice Civile, e non potrebbe averlo perchè il sistema odierno è diverso. Veggasi nota al § 736.

(2) Teoria uniforme, argom. art. 1184 e 1204.

(3) Anche oggi deriva dalle due sorgenti, cioè dalla volontà dell' uomo mediante contratti art. 1184 e seguenti, o testamento art. 795 e 760, ovvero dalla legge art. 1156 e 1814.

Digitized by Google

Più propriamente la solidarietà che deriva dalla volontà dell'uomo si chiama *correalità*, e quella che deriva dalla legge ritiene il nome di *solidarietà*. La ragione per la quale alla prima si dà il nome di correalità dipende da che per la stipulazione gli stipulanti solidali chiamavansi *rei o correi stipulandi*, e i promittenti solidali dicevansi *rei o correi promittendi*. La parola *reo* indicava tanto il creditore quando il debitore, e provveniva a *re*, perchè essi consentivano nella stessa cosa, nello stesso obbietto (1).

Laonde noi parleremo prima della correalità e poi della solidarietà.

Correalità

§ 758. I principii dominanti nella teoria della correalità sono tre, cioè — 1. Questa può essere attiva e passiva, vale a dire ciascun creditore può esiger l'intero, e ciascun debitore può esser costretto al pagamento dell'intero (2) — 2. Deve avere un oggetto unico, comune a tutti, e così ad esempio 1000 lire che uno di più creditori può esiger per intero, o uno di più debitori può dover pagare per intero (3) — 3. Estinta per qualunque modo la obbligazione per riguardo all'oggetto anche in rapporto ad un solo de'correi, la obbligazione resta estinta per tutti; ma estinta invece per riguardo a' soggetti, cade soltanto l'obbligazione di colui per lo quale la causa di estinzione siesi verificata. Fr. 10, fr. 13, fr. 19 *de duobus reis constituendis* 45.2; fr. 5, fr. 71 *de fidejussoribus et mandatoribus* 46.1; fr. 25 e 27 *de pactis* 2.14; fr. 3 § 1. *de liberatione legata* 34,3; fr. 93 *de solutionibus* 46.3.

Quest' ultimo principio deve essere chiarito.

Una obbligazione può estinguersi in rapporto all'oggetto, quando questo non più si deve, come per esempio pel pagamento, per la compensazione, per la novazione ecc. E così se uno è debitore di lire 1000 e le paga, à estinto il debito nel suo oggetto. Una obbligazione può essere estinta invece pel soggetto, e così se due son debitori di lire 1000, ed uno di essi dice e prova che si obbligò per errore, per dolo ec, la obbligazione resta estinta pel soggetto, cioè per la persona di quello che errò, o che fu raggirato, e in realtà è il soggetto che viene a mancare non già l'oggetto.

---

(1) Il Codice civile dà il nome di *solidalità*, provvenga questa o dalla volontà dell'uomo o dalla legge, art. 1184 e 1188 capoverso.

(2) Teoria uniforme, art. 1184 e 1186.

(3) Teoria uniforme, art. 1184 e 1186.

Digitized by Google

Or quel terzo principio stabilisce che se la obbligazione manca per l' oggetto anche relativamente ad un solo de'debitori o de' creditori pe' quali sta il vincolo della correalità, la obbligazione resta estinta per tutti, e così se uno de' debitori solidali paga tutto il debito, o uno de' creditori solidali esige tutto il credito, l'obbligazione resta estinta per tutti i creditori e per tutti i debitori — Lo stesso è se si faccia novazione, o se accada compensazione, o se avvenga altro modo di estinzione dell'oggetto — Ma se invece l'obbligazione resta estinta pel soggetto, come ad esempio se uno tra più debitori o lidali provi che si obbligò per errore, la obbligazione non varrà più per lui, ma varrà per gli altri — La ragione è chiarissima, perciocchè se è estinto l' oggetto, manca uno de' requisiti essenziali per la esistenza dei contratti (vedi § 742), ma se invece manca uno de' soggetti, vi restano gli altri (1).

§ 759. Da codesti principii discendono parecchie conseguenze.

La prima è che il creditore per avere l' intero può dirigere la sua azione contro qualunque de' debitori solidali a propria scelta — E ciascuno de' creditori solidali può a suo piacere pretender l' intero dal debitore. Fr. 2 e fr. 3, § 1. *de duobus reis constituendis* 45.2 (2).

La seconda è che il creditore il quale abbia ammesso uno de'condebitori solidali a pagare la sua parte, mantiene il diritto di solidalità verso gli altri. L. 18 Cod. *de pactis* 2.3 (3).

La terza è che, essendo la solidalità un beneficio, può il creditore rinunciarvi dimandando a ciascun debitore la propria parte, non ostante la solidalità pattuita tra debitori.

E ciascuno de' creditori solidali può dimandare la sola sua parte, non ostante la solidalità pattuita tra creditori (4).

La quarta è che i debitori solidali non godono del beneficio della divisione, come vedremo pe' fideiussori — Si eccettua però il caso in cui si tratti di obbligazione non solidale, cioè si tratti di obbligazione,

---

(1) Per Codice Civile il principio è diverso. Se la obbligazione è estinta nell' oggetto, la estinzione per tutti i creditori e per tutti i debitori solidali varrà soltanto allora che siavi stato pagamento effettivo, non già se siavi stato altro modo di estinzione come la compensazione, la novazione ec. — La ragione è che oggi il creditore solidale è ritenuto soltanto come mandatario legale per esigere il credito, arg. art. 1184, 1185: se poi la obbligazione è estinta pel soggetto, si segue la teoria romana, cioè mancato uno de' soggetti, la solidarietà resta ferma per gli altri, arg. art. 1186 capov. 1195, 1196.

(2) Teoria uniforme, perchè nella seconda ipotesi si tratta sempre di pagamento effettivo, art. 1184 e 1185.

(3) Teoria uniforme, art. 1190, 1195 e 1196.

(4) Teoria uniforme arg. art. 1184, 1185, 1195, 1196.

Digitized by Google

divisa di diritto in parti, e per la quale ciascun obbligato à guarentito la parte dell' altro. Novella 99. Cap. 1 (1).

In tal caso il beneficio di divisione è ammesso perchè si avrebbe per la parte non propria una vera guarentigia — Così Tizio à prestato lire 1000, senza vincolo solidale, a Caio ed a Sempronio, ciascuno de' quali à pur guarentito la parte dell' altro — Or se Tizio faccia citare Caio per l'intero, questi può pagare la sua parte di 500 lire, e può invocare il benefizio della divisione per le altre 500—In che consista codesto benefizio si vedrà nella parte relativa a' fidejussori.

La quinta è che le eccezioni che competono ad uno de' debitori solidali, come ad esempio la minore età ec., non si possono far valere dagli altri debitori — Tutti possono far valere le eccezioni a tutti comune, e specialmente quelle derivanti dalla natura della obbligazione, e ciascuno quelle a se proprie — Fr. 10 e fr. 19 *de duobus reis constituendis* 45, 2 (2).

La sesta è che la correalità non si presume mai, ma dev' essere provata, e la ragione è che deve risultare dalla volontà dell' uomo, la quale deve rendersi manifesta (3).

La settima finalmente è che la correalità tra debitori non impedisce ch' essi possansi obbligare con modalità diverse, e così per es. un debitore a termine, un altro sotto condizione, e un terzo puramente e semplicemente — Fr. 6, 7, 9, § ult. *de duobus reis constituendis* 45, 2 (4).

§ 760. Resta ora ad esaminare quale azione competa al condebitore solidale quante volte egli abbia pagato l' intero, e quale azione spetti al creditore solidale contro l' altro creditore che abbia esatto l'intero.

Il condebitore solidale che avesse pagato l' intero non poteva di regola rivolgersi contro gli altri condebitori pel regresso, perchè egli pagando adempiva alla propria obbligazione — Si eccettuava il caso in cui tutti i condebitori ne avessero formato patto in contrario, ovvero fossero stati socii, o pure il creditore avesse ceduto le sue ragioni a colui che lo pagava e prima del pagamento, altrimenti il debito sarebbe rimasto estinto, e non poteva trovar più luogo la cessione — Ma se questa si fosse fatta, il debitore che pagava era surrogato nell'azione solidale contro tutti gli altri condebitori. L. 2.

---

(1) Teoria uniforme art. 1184, 1186, 1907.

(2) Teoria uniforme. art. 1193.

(3) Teoria uniforme, anzi oggi si richiede che il consenso sia espresso e non tacito, art. 1188.

(4) Teoria uniforme, art. 1187.

Digitized by Google

Cod. *de duobus reis* 8, 40; fr. 62 *ad legem falcidiam* 35, 2; fr. 76 *de solutionibus* 46, 3 (1).

Il creditore solidale poi avea l' azione d' indebito contro l' altro creditore da cui era stato esatto l' intero, non potendosi alcuno arricchire a danno altrui Fr. 62, pr. *ad legem falcidiam* 35, 2 (2).

Solidarietà propriamente detta

§ 761. Alcune volte la solidarietà provviene non dalla volontà dell' uomo, ma direttamente dalla legge, la quale impone l' obbligo solidale principalmente perchè presume il dolo o la colpa in un risarcimento che rende comune a più persone. E così, se molti concorsero in un reato, chi come agente principale, e chi come complice, e de' complici chi necessario e chi non necessario, tutti e in via solidale rispondono del risarcimento intero, e il danneggiato può rivolgersi a qualunque di loro. La ragione è che il Legislatore in tal caso presume un dolo comune nell' obbiettivo del reato commesso, e impone l' obbligo del risarcimento solidale fr. 5 *de noxalibus actionibus*, 9, 4; fr. 14 § 15 *quod metus causa* 4, 3 — Lo stesso dicasi di altri casi di colpa, e così comodata una cosa a più persone, tutte ne rispondono di fronte al comodante fr. 5 § 5 *commodati* 13, 6; conferita la tutela a più tutori (com' era permesso in diritto romano V. § 244), tutti e solidalmente eran tenuti a risarcire i danni, anche quando la tutela si fosse esercitata da un solo fra essi, fr. 18 § 1, fr. 45 *de administratione tutorum* 26, 7, fr. 1 § 13 e 17, fr. 15, fr. 21, *de tutelae et rationibus distraendis* 27, 3. E la ragione sta nella colpa de' comodatarii e de' contutori estranei al danno, per non averlo antiveduto ed evitato.

Si ritenga dunque come punto sicuro che il precipuo criterio dif-

(1) Per Codice Civile non si è ritenuta codesta durezza, perchè non si può sconoscere una gestione di negozii, onde il Codice ammette che chi à pagato à diritto verso gli altri condebitori alla ripetizione, ma questa è limitata alla sola parte che ciascuno deve, e al segno che se uno de' debitori si trovi non solvente, la perdita si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solventi e sopra quello che à fatto il pagamento, art. 1198 e 1199. Nel caso poi di non solvenza di alcuno de' debitori per lo quale il creditore abbia rinunziato all' azione in solido, la porzione del non solvente è per contributo ripartita tra tutti i debitori, ed anche tra quelli che è stato precedentemente liberato dall' obbligazione in solido per parte del creditore, art. 1200. Inoltre il Codice dispone che se l'affare per cui fu contratto il debito in solido non riguarda che uno degli obbligati in solido, questi è tenuto per tutto il debito verso gli altri, i quali relativamente ad esso non sono reputati che come suoi fideiussori, art. 1201.

(2) Teoria uniforme, art. 1147, e 1148.

Digitized by Google

ferenziale tra la correalità, e la solidarietà è che l'una dipende dalla volontà dell'uomo e l'altra dalla legge.

Fissati questi principii, è facile vederne le conseguenze, le quali sono due.

1. La correalità non si può presumer mai, perchè è necessaria la espressione della volontà dell' uomo nel vincolo obbligatorio — La solidarietà si presume sempre, perchè la presunzione è fatta dalla legge specialmente in vista del dolo o della colpa comune nell' obbiettivo che dà luogo al risarcimento.

2. La correalità è attiva o passiva, ma la solidarietà è sempre passiva perchè risulta da un obbligo che la legge impone, e che ordinariamente mette capo al dolo o alla colpa nell' obbiettivo medesimo (1).

Del rimanente per la solidarietà sono applicabili le regole proprie della correalità passiva.

Obbligazioni principali ed accessorie

§ 762. È principale quella obbligazione per la quale l' altra à ragione di esistere. Vale a dire è principale l'obbligazione che sta da se, è accessoria quella che necessariamente ne suppone un' altra cui è unita — Sono codeste idee bene schiarite a' § 287 e 377.

Le specie delle obbligazioni accessorie sono diverse, come il costituto di un debito altrui, il mandato qualificato, le cauzioni, la caparra, la clausola penale ec. Noi quì parleremo soltanto delle prime tre specie, riuscendo più a proposito trattar delle altre ne'luoghi opportuni.

Ma giova avvertire che quando una persona per alcuno di que'tre primi modi accede alla obbligazione altrui, l' atto relativo prende anche il nome generico d' *intercessione* (*intercessio*), perchè v' à chi interviene in una obbligazione per favorire chi si obbliga (2).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1184, 1188, 1156 e 1814, ma il Codice non distingue ne' nomi la correalità dalla solidarietà, e chiama tanto le une quanto le altre *obbligazioni in solido.*

(2) Le obbligazioni principali sono anche per Codice Civile distinte dalle accessorie. Veggansi art. 443, 444, 1231, 1878, 1898, 1964. Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

Costituto di un debito altrui.

§ 763. Il *constitutum* o *pactum consistutae pecuniae* o la *constituta pecunia*, come voglia dirsi, era dapprima il patto per lo quale il banchiere si obbligava pagare per altri in luogo diverso. Il banchiere si costituiva debitore per il debitore vero e si obbligava di pagare il creditore a giorno fisso in luogo determinato diverso da quello ove avrebbe dovuto pagare il debitore medesimo (*pecuniam vel rem quamvis Romae debitam certo die Ephesi datum iri*). L' azione contro il banchiere si chiamava *actio receptitia*. Ciò costituiva un patto, perchè non era nè contratto nominato nè innominato, ma tale patto era *legittimo*, vale a dire produceva azione per legge (1).

Ma accadde che quel che facevano i banchieri presero a farlo anche altri, costituendo il debito proprio o di altrui. Proprio con la ricognizione della obbligazione cui si fosse tenuto e che non era valida, come ad esempio convertendo la obbligazione naturale in obbligazione civile, ovvero con la ricognizione di un debito valido dandone un nuovo titolo ecc. o pure obbligandosi a pagare in luogo diverso, o in diverso tempo. Si costituiva poi un debito altrui accedendo alla obbligazione di un altro, senza liberare il debitore. Fr. 1 § 7 ed 8; Fr. 3 § 1; Fr. 5 § 2 *de constiuta pecunia* 13, 5.

Codesti erano pure patti perchè non rientravano nè fra i contratti nominati nè fra gl' innominati, ma il pretore diede sanzione ai patti medesimi, onde si dissero pretorii, e sorse l'azione *constituti* o *de constituta pecunia*.

Giustiniano riunì le due azioni *receptitia* pe' banchieri, e *constituti* per ogni altro cittadino, e chiamò l' azione unica *actio constituti o de constituta pecunia*. L. 2 pr. Cod. *de constituta pecunia* 4, 14 (2).

Le norme pel constituto di debito altrui furon queste.

1. Chi si costituisce pel debito altrui, deve riunire le condizioni

(1) Si avea in altri termini presso a poco la cambiale odierna, art. 196 Cod. Comm.

(2) Per Codice Civile si avrebbe il costituto del debito proprio in una obbligazione confermata art. 1309 e 1340, o in un nuovo titolo art. 1563, o nell'obbligo a pagare in luogo e tempo diverso arg. art. 1267. Il costituto del debito altrui si avrebbe nell' accettazione di una cambiale art. 205 e seguenti Cod. Commerciale, e nell' adesione al debito di un altro senza che il debito sia perciò novato, art. 1267 n. 2. La quale adesione poggia sul principio che siccome si può pagare per alcuno senza il suo consenso, così può egualmente promettersi di pagare per lui, argom. art. 1098, e 1238 capov.

Digitized by Google

di capacità per contrattare, perchè il costituto è una obbligazione — Fr. 1 § 2 e 3; fr. 14; fr. 15 *de constituta pecunia* 13, 5 (1).

2. Col costituto del debito altrui non debbono però fare contrasto i due principii — *nemo alii quam sibi potest stipulari nisi interest sua* — *alium obligari promissione sua nemo potest* — di cui si è parlato ai §§ 747 e 748, dovendo sempre tali principii osservarsi (2).

3. Chi si costituisce non libera il debitore, ma si rende fidejussore di lui, e gode i beneficii proprii de' fideiussori — L. ult. Cod. *de constituta pecunia* 4, 18 (3).

4. Il costituito non si può obbligare oltre il debito principale, ma se lo fa, la obbligazione non è nulla, invece è valida fino all' ammontare. Fr. 1 § 8; fr. 11 *de constituta pecunia* 13, 5 (4).

5. Il costituente però può promettere cosa diversa da quella cui è obbligato il debitore, e così grano invece di danaro, come può promettere il pagamento in luogo diverso da quello prima convenuto. Fr. 1. § 5; fr. 3. § 2; Fr. 4 e 5 pr. fr. 25 *de constituta pecunia* 13, 5 (5).

Mandato qualificato

§ 764. Accade talvolta che alcuno dà incarico ad un altro di fare un mutuo ad un terzo. In tal caso chi dà incarico resta obbligato come fideiussore del terzo, onde il mandato dicesi qualificato, perchè à una qualifica, un attributo per lo quale il mandante è un garante.

Ma si avverta bene che il mandante medesimo deve avere la volontà di obbligarsi, e deve la volontà esser manifesta in modo espresso o tacito. In realtà chi dà incarico ad altri di dar danaro o altra cosa fungibile ad un terzo fa intendere che si obbliga, ma ciò potrebbe non essere, perchè se mai si trattasse di preghiera che alcuno facesse, di favore che alcuno implorasse in vantaggio altrui, la volontà di obbligar se stesso mancherebbe del tutto, *quia nemo ex consilio obligatur* Fr. 2. § 6; fr. 6. § 4 e 5 *mandati vel contra*

---

(1) Teoria uniforme, art. 1106.

(2) Veggansi le noste poste a' §§ 747 e 748.

(3) Per Codice Civile non è fideiussore, ma è condebitore dell' intero debito, è uno che à promesso pagare il debito altrui, e non gli si concedono i vantaggi proprii de' fideiussori, perchè la Legge non ne parla, e intanto il contratto regge arg. art. 1098, 1238 capov. 1267 n. 2.

(4) Teoria uniforme, perchè il pagamento non può eccedere il debito, art. 1237.

(5) Teoria uniforme, perchè vi sarebbe il consenso sulla cosa diversa o sul diverso luogo, argom. art. 1098, 1245, e 1249.

Digitized by Google

17. 1. Se poi la volontà di obbligarsi è espressa, come *periculo meo crede*, *des ei nummos fide et periculo meo*, *periculo meo pecunia erit*, allora chi dà il mandato è senz' altro un fideiussore. Fr. 12. § 13 e 14 *mandati nel contra* 17. 1; Fr. 24 *de fidejussoribus* 46 1. (1).

Cauzioni

§ 765. Queste sono le più importanti obbligazioni accessorie, e per tutte vale il principio che prestano sicurezza allo stipulante nella obbligazione principale — *Cautio est qua parti adversae praestatur securitas* (2).

Le cauzioni si distinguono in — 1 volontarie e necessarie — 2 reali e personali.

Le volontarie sono quelle che derivano da un atto di volontà, cioè da convenzione o da testamento. Le necessarie sono le altre che deggionsi subire, e si dividono in legali, pretorie, e giudiziali: legali quando derivano dalla legge, come ad esempio sono i privilegii § 534: pretorie quando son disposte dal pretore, com'era la *cautio damni infecti* § 354 e 361; giudiziali quando vengono ordinate nel corso di un giudizio, come la *cautio de dolo* per la quale s'imponesse una cauzione al litigante che è in possesso della cosa controversa per la integra consegna della cosa medesima, e de'frutti in caso di condanna, come si dirà nella materia delle azioni (3).

Le cauzioni reali sono quelle per le quali v' è una cosa in guarentigia del diritto: le personali sono le altre per le quali la guarentigia riposa sopra una persona — Per esse vale la massima — *cautio plus in re quam in persona* Fr. 25 *de regulis juris* 50.17. Sia qualunque la solvibilità della persona, è sempre da preferire la cauzione reale alla personale (4).

Inoltre la cauzione personale si distingue in promissoria, giuratoria, e fideiussoria — La promissoria consiste nella sola promessa dello stesso obbligato per la cosa principale, e questa specie di guarentigia è concessa specialmente al fisco ne' giudizii ne' quali avesse parte, perchè il fisco è sempre solvibile — *fiscus semper idoneus successor et solvendo*.

---

(1) Teoria uniforme arg. art. 1752, 1753, 1754 e 1898.

(2) Oggi non solo han ritenuto il nome di cauzioni, ma àn preso anche quelli di guarentigia, sicurtà e malleveria.

(3) Teoria uniforme, ma le cauzioni necessarie sono legali e giudiziali, arg. art. 1898 e 1921, poichè la facoltà del pretore non à riscontro negli odierni ordinamenti.

(4) Teoria uniforme, art. 1883 e 1964.

Digitized by Google

Ma è pur permessa raramente a qualcuno e più particolarmente nelle materie penali (1) La giuratoria è la promessa avvalorata da giuramento, e che offre sicurezza all' interessato (2). La fidejussoria è per mezzo de' fideiussori, onde dobbiamo intrattenerci sulla

Fideiussione

§ 766. È fideiussione *qui alienae obligationi sine novatione accedit* Fr. 7 § 3 *de dolo malo* 4. 3; L. 12 Cod. *de fidejussoribus* 8. 41.

Si dice — *qui alienae obligationi accedit*, perchè la fideiussione è un contratto accessorio che non può esistere senza la obbligazione principale. Si dice — *sine novatione*, perchè se mai vi fosse novazione, la obbligazione principale sarebbe estinta (3).

Nell' antico diritto romano la *fidejussio* era distinta dalla *sponsio* e dalla *fideipromissio*, e la differenza principale tra queste e la prima era che esse potevano accedere soltanto a' contratti verbali, e non passavano agli eredi, mentre la *fideiussio* era applicabile a qualunque obbligazione e si trasmetteva agli eredi — Ma la *sponsio* e la *fideipromissio* andarono in disuso, e a' tempi di Giustiniano era rimasta la sola *fidejussio* (4).

§ 767. La fideiussione è di varie specie, perciocchè può alcuno dar guarentigia pel debitore principale, e allora sarebbe fideiussore immediato, e può darla in modo mediato e succedaneo, cioè — 1. guarentendo chi à dato guarentigia, cosicchè si avrebbe il fideiussore del fideiussore. *Pro fidejussore fidejussorem accipi nequaquam dubium est* fr. 8 § ult. *de fideiussoribus* 46. 1. — 2 guarentendo il fideiussore pel debitore principale, cioè, quando si à chi guarentisce il pagamento da parte del debitore principale verso il fideiussore, laddove questi fosse obbligato a pagare. *Potest accipi fidejussor ejus actionis quam habiturus sum adversus eum pro quo fideiussi*. Fr. 4 *eodem* (5).

§ 768. Per potere essere fideiussore, si richiede, come per ogni altro contratto, la capacità di obbligarsi. Ma per diritto romano non venne a tutti permesso tale contratto perchè facilmente si promette una guarentigia, e spesso accade che il garante debba pagare, onde il proverbio *chi pregia paga*. Fu perciò dapprima vietato alle donne maritate di dar fideiussione pe' loro mariti, alle cui suggestioni elle

(1) Teoria uniforme, art. 243 Codice procedura penale.
(2) Teoria uniforme, art. 897 Codice proc. civ.
(3) Tale definizione può ritenersi a base dell' art. 1898.
(4) Codeste distinzioni oggi sono sconosciute.
(5) Teoria uniforme, art. ed argom. art. 1898 e 19[illegible].

Digitized by Google

erano esposte Fr. 2. *ad Senatus consultum vellejanum* 16, 1; e poi il Senato Consulto Vellejano, celebre per la influenza apportata alle Legislazioni posteriori, vietò alle donne di obbligarsi per chiunque altro in grazia della fragilità del sesso, ma la obbligazione non era nulla, e invece potea respingersi l'azione del creditore mediante una eccezione che fu chiamata *exceptio Senatus Consulti Vellejani* — Fr. 1 pr. e fr. 2. § 1. *ad senatus Consultum Vellejanum* 16, 1; fr. 40 *de condictione indebiti* 12. 6 — Ma vi erano quattro eccezioni, cioè — 1 se la donna avesse fatto garanzia per cosa di suo interesse (*si intercesserit in rem suam*) come ad esempio per la dote — 2 se avesse ricevuto qualche compenso per la fideiussione — 3 se avesse agito dolosamente, come ad esempio facendosi prestar danaro nel fine di mutuarlo ad altri — 4 se avesse rinunciato al beneficio concessole dalla legge perchè ciascuno può rinunziare a' suoi vantaggi — Fr. 21 pr. fr. 23, fr. 30 pr. *ad senatus eonsultum Vellejanum* 16. 1; L. 21 e seg. L. ult. Cod. *ad Senatus Consultum Vellejanum* 4 29 fr. 8 § 1 *Qui sadisdare coguntur* 2. 8. Una quinta eccezione vi fu fatta dalle consuetudini posteriori al Diritto Romano, cioè se la donna avesse esercitato la mercatura, e ciò per la fede che deve spirare il commercio — Venne per altro da Giustiniano vietata e dichiarata nulla ogni fidejussione che la moglie avesse fatta in favore del marito, Novella 134 Cap. 8.

Inoltre pel pericolo che offre la guarentigia ne fu fatto divieto a' militari *nisi in rem suam* Fr. 8 § 1. *qui sadisdare coguntur* 2. 8; e fu vietata la fidejussione anche a' Chierici *dumtaxat pro debitis publicis* — Nov. 123 Cap. 6.

Pel divieto fatto alle donne, a' militari, e a chierici, fu detto che la fideiussione era negozio *virile e civile* (1).

§ 769. Del rimanente la fideiussione *est scrictissimi juris*, onde ammette sempre una interpetrazione restrittiva, e non può presusumersi, anche perchè per diritto romano dovea stipularsi espressamente con la forma del contratto verbale per domanda e risposta come si è detto al § 736 (2).

---

(1) Per Codice civile la sola donna maritata non può dar sicurtà senza l'autorizzazione del marito, perchè è conveniente che ella dipenda dal capo della famiglia — Vi sono però delle eccezioni da noi ricordate in nota al § 160, cui ci rimettiamo.

(2) Anche per Codice Civile la interpretazione deve essere restrittiva nelle fideiussioni, le quali d'altro canto non possono ritenersi per presunzioni, ma debbono essere espresse, cioè debbono risultare in modo chiaro e indubitato, art. 1902.

Digitized by Google

§ 771. Ciò premesso, è a conoscere che due sono i grandi principii sopra cui si aggira la teoria della fideiussione, e sono de' più semplici, cioè — 1. che ella è sempre un contratto accessorio, che necessariamente suppone la esistenza di una obbligazione principale perchè non è possibile guarentire ciò che non si deve da alcuno. Fr. 3 *de fidejussoribus* 46. 1. — 2 che la fideiussione, avvalorando la obbligazione principale, ed essendo a questa subordinata come un accessorio, presenta soltanto un sussidio, onde il fideiussore sta in seconda linea, e il debitor principale si trova esposto nella prima. Fr. 4 § 1. *de fideiussoribus* 46, 1; L. 5. Cod. *de fideiussoribus* 8. 41; Novel. 4. Cap. 1. (1).

Le conseguenze che discendono da tali principii sono alquanto complicate, e conviene attentamente esaminarle.

§ 772. Fermato il principio che la fideiussione è un contratto accessorio, si à innanzi tutto che può far compagnia a qualunque obbligazione.

A nulla rileva che questa metta capo a diversa sorgente, cioè a contratto, quasi contratto, delitto, quasi delitto o legge (vedi § 734), sempre la guarentigia, relativamente all' interesse civile, può andarvi associata. Anzi la fideiussione è valida anche per le obbligazioni naturali, purchè queste non sieno del tutto riprovate dalla legge. Onde la massima — *Fideiussio accedere potest omnibus obligationibus etiam naturalibus effectu non plane destitutis* Fr. 6. § 2; fr. 7 e 16 § 3 *de fidejussoribus* 46. 1; Fr. 6 *de verborum obligationibus* 45. 1. E per gli stessi delitti e quasi delitti, se si tratti di pena pecuniaria, ben possono i fideiussori dar guarentigia; come pure per la pena corporale, possono i fideiussori dar cauzione di una somma determinata dal Magistrato per far presentare il reo ad ogni ordine della giustizia, e debbono pagarla se il reo non si presenti. Fr. 6. § 5; fr. 56. § ult., fr. 70. § ult. *de fidejussoribus* 46. 1. (2).

Da quello stesso principio che la fideiussione è un contratto accessorio si trae che il fideiussore risponde de' medesimi obblighi del debitore principale, ond' è tenuto della colpa e della mora di lui, e specialmente degl' interessi moratorii salvo sempre patto contrario, come ad esempio di guarentigia prestata espressamente pel solo capitale. (Arndts *Pandette* § 354 (3) — Si à del pari che il fi-

(1) Anche per Codice Civile sono questi i grandi principii che dominano la materia della fideiussione, art. 1899, 1927, 1907. Veggansi le seguenti note.

(2) Teoria uniforme, art. 1898, 1899, 1927 Cod. Civile, art. 212 e 219 Cod proc. pen.

(3) Teoria uniforme, art. 1898, 1903.

Digitized by Google

deiussore non può obbligarsi a dar cosa diversa, nel quale caso potrebbe aversi un costituto di debito altrui — V. § 763 (1).

Nè si può obbligare in più del debitore principale sia per una quantità maggiore, sia per ragion di tempo, di luogo, di modo, o di condizione; ma può però obbligarsi in modo più rigoroso, come ad esempio potrebbe guarentire con pegno e con ipoteca un debito personale derivante da semplice chirografo — La proporzione è mantenuta in tal caso tra il debito e la fideiussione, e soltanto la guarentigia è più sicura di quel che sia la semplice fede che ispira la persona del debitore e del fideiussione — La fideiussione è una guarentigia, e l' esser questa più o meno sicura non urta col principio che l'accessorio segue il principale, dal momento che il fideiussore non viene a rispondere in più di quanto debba il debitore — Codeste importanti conseguenze sono espresse con le massime — *Fideiussor potest magis se obligare quam debitor principalis, sed non in majus vel in duriorem caussam. Fidejussor intensive magis obligari potest, non extensive* § 5 Inst. *de fidejussoribus* 3. 20; Gaj. Inst. 1. 126; Fr. 8 § 7 *de fidejussoribus* 46. 1; Fr. 12 § 1. *de verborum significatione* 50. 16 (2). Fattasi la fideiussione *in duriorem caussam* era contrastato fra gl'interpetri se fosse nulla o riducibile alla misura della obbligazione principale, sebbene i testi accennino piuttosto alla nullità. Fr. 8 § 7, *de fidejussoribus* 46. 1; § 5. Inst. *de fidejussoribus* 3. 21 (3). Sempre però il fidejussore può obbligarsi *in causam mitiorem*, poichè ciò non contrasta con la natura dell' accessorio, e così può aversi una guarentigia sotto condizione mentre il debito principale è puro e semplice: può prestarsi sicurtà per una parte del debito e non per l'intero, può soltanto darsi fideiussione per ciò che il creditore non riesce ad avere dal debitor principale (*fidejussio indemnitatis*) (4).

Vi è finalmente un' ultima conseguenza di quel medesimo principio, cioè che quante volte sia estinto il debito principale resta estinta anche la fidejussione — Se questa è un accessorio di quello, caduto l' uno, cade anche l'altra — La estinzione del debito principale deve prendersi in lato senso, cioè non solo di pagamento, ma anche di tutti gli altri modi pe' quali, come vedremo, le obbligazioni si estinguono, come ad esempio, se la cosa dovuta esca fuori commercio, se accade confusione, ovvero se avvenga novazione ec. (5).

---

(1) Teoria uniforme art. 1898; vedi nota al § 763.
(2) Teoria uniforme, art. 1900.
(3) Per Codice civile sarebbe riducibile, art. 1900.
(4) Teoria uniforme, art. 1900.
(5) Teoria uniforme, art. 1925, 1926, 1277.

Digitized by Google

§ 771. Passiamo ora al secondo principio *fidejussor in subsidium tenetur*.

A questo principio mettono capo tre beneficii che à il fideiussore, e che son chiamati di ordine, di divisione, e di cessione delle azioni.

Beneficio di ordine altrimenti detto di escussione (*Beneficium ordinis aut escussionis*) — Prima di Giustiniano il fideiussore poteva direttamente essere tenuto in luogo del debitore — *Jure nostro est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur* L. 5 Cod. *de fidejussoribus* 7, 41. Giustiniano dispose invece che il creditore potesse agire contro il fideiussore soltanto allora che non avesse potuto conseguir cos'alcuna dal debitore, o non avesse potuto ottener l'intero. Nov.4 Cap. 1. Da ciò si vede che questo beneficio chiamasi di *ordine*, perchè il creditore è tenuto ad osservare un ordine nella sua azione perseguitando prima il debitor principale, e poi il fideiussore; e dicesi di *escussione*, perchè il creditore deve escutere cioè procedere ad esecuzione contro il debitore prima di rivolgersi al fideiussore. Ma tale beneficio manca — 1 Per la rinuncia espressa o tacita del fideiussore, perchè ciascuno può rinunciare a'beneficii introdotti in suo favore. Si à la rinunzia tacita quando il fideiussore, citato dal creditore, non chiegga di escutersi prima il debitor principale; ovvero vi sia stata correalità, cioè se il fideiussore si fosse obbligato in solido col debitor principale, perchè la correalità obbliga al pagamento diretto ed intero (1).—2 Se il debitore sia manifestamente insolvibile, perchè sarebbe una perdita di tempo e di spese rivolgersi ad uno che niente abbia (2). — Che se il creditore fosse stato in mora di escutere il debitore quando questi era solvibile, la fidejussione resta estinta, e la ragione è che il fideiussore per colpa del creditore non avrebbe poi come farsi rivalutare ond'è giusto che il creditore medesimo risenta le conseguenze della sua negligenza: Arg. fr. 41, *de fidejussoribus* 46, 1 (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1907 e 1908.

(2) Per Codice Civile il principio è uniforme, perciocchè il fideiussore che voglia usare del beneficio di escussione, deve indicare al creditore i beni del debitore principale, ed anticipare le spese occorrenti per la escussione. L'anticipazione delle spese giova ad impedire che il fideiussore abusi del beneficio — Il Codice anzi determina quali beni si possano indicare, affinchè il credito sia di facile esazione — Veggasi art. 1909 — La insolvenza del debitore principale sopragiunta dopo la indicazione de'beni e l'anticipazione delle spese, per avere il creditore differito il procedimento giudiziale, va a carico del creditore medesimo, art. 1910.

(3) Per Codice Civile il fideiussore anche in solido è liberato, allorchè per

Digitized by Google

Il fideiussore non può costringere il creditore ad istituire la sua azione contro il debitore, e può intanto premere al fideiussore medesimo di essere liberato, perlocchè gli è concesso di chiedere la sua liberazione se il creditore si mostri trascurato, e corra pericolo la solvibilità del debitore — Fr. 38 § 1, *mandati* 17, 1; L. 10 Cod. *mandati* 4. 35 (1).

§ 772. *Benefizio di divisione* (*Beneficium divisionis*). Di regola, sia un solo il fidejussore, sieno più, ciascuno di essi è tenuto per l'intero. § 4 Inst. *de fidejussoribus* 3, 21. L. 3 Cod. *de fidessoribus* 8, 41. La ragione è che i fideiussori si danno per sicurezza del creditore, cioè per guarentire il debito, ed il creditore non sarebbe più sicuro di riavere il suo, se ciascuno dei fideiussori potesse offrire la propria parte (2).

Ciò non ostante quando i fideiussori sieno più, e tutti *sien* solvibili, se alcuno di essi è citato dal creditore, può domandare che il pagamento dovuto per la fideiussione si divida pro rata fra i fideiussori. Questa eccezione alla regola è chiamata beneficio di divisione, perchè tende a far dividere il pagamento dovuto nell' intero da ciascuno. E la ragione è che la fideiussione costituendo una guarentigia per far sicuro il creditore, questi lo è sempre anche dividendo il credito, dal momento che tutti i fideiussori sono solvibili (3).

Ma si avverta che per tale beneficio si richieggono tre requisiti, cioè: 1 che i vari fideiussori abbiano guarentito il medesimo debitore e lo stesso debito. Fr. 52, § 2, *de fideiussoribus* 46, 1. La ragione è che se più fideiussori avessero fatto guarentigia e ciascuno per debitori diversi, ovvero ciascuno per debiti diversi di uno stesso debitore, non vi sarebbe con chi dividere il pagamento pro rata (4) — 2 che i fideiussori, tra cui si chiede la divisione, sieno solvibili, altrimenti verrebbe il creditore a mancar di sicurezza. L. 10 § 3 Cod.

---

fatto del creditore non può avere effetto a favore del fideiussore medesimo la surrogazione nelle ragioni, nelle ipoteche e ne' privilegii del creditore, art. 1928.

(1) Nè anche per Codice Civile il fideiussore può costringere il creditore ad istituire la sua azione contro il debitore, ma per casi svariati e principalmente quando il fideiussore fosse convenuto in giudizio pel pagamento, o la solvibilità del debitore corresse pericolo o il creditore si mostrasse trascurato, il Codice dà al fideiussore il diritto di agire contro il debitore per essere da lui rilevato, art. 1919, cioè gli dà il diritto di agire per far condannare il debitore o a soddisfare il creditore con un mezzo qualsivoglia, o a consegnare al fideiussore medesimo i fondi necessarii per pagarlo.

(2) Teoria uniforme, art. 1911.

(3) Teoria uniforme, art. 1912.

(4) Teoria uniforme, art. 1911.

Digitized by Google

de fidejussoribus 8, 42; ma la solvibilità di essi deve riscontrarsi al tempo in cui si è ottenuta la divisione , perchè la insolvibilità sopragiunta dopo, nuoce al creditore fr. 48 *de fideiussoribus* 46 1. (1)— 3 che i fideiussori non abbiano rinunciato nè espressamente nè tacitamente a quel beneficio, perchè *beneficia non dantur invitis*. Si avrebbe la rinuncia tacita se il fideiussore citato non domandasse la divisione , perchè allora resterebbe in lui l' obbligo del pagamento dell' intero fr. 26 *de fideiussoribus* 46, 1; come del pari si avrebbe se la fideiussione contratta fosse solidale perchè la solidalità mena al pagamento intero e diretto.

Ma, e che sarà de' fideiussori succedanei , cioè de' fideiussori del fideiussore? Tizio ad esempio presta 1000 lire a Cajo, del quale si rendono fideiussori Mevio e Sempronio, e di questi ultimi due si rendono fideiussori Pietro e Paolo — Costoro son fideiussori succedanei , cioè garentiscono la fideiussione fatta da Mevio e da Sempronio.

Or i fideiussori succedanei possono dimandare il beneficio di divisione fra loro, e non debbono esser confusi con gli altri fideiussori da essi guarentiti, nè per la divisione da questi domandata potrebbero esser toccati — E così se il fideiussore sia uno e i fideiussori succedanei siano più, quegli non può chiedere il beneficio di divisione, e lo possono chiedere gli altri se avvenga il caso che dovessero pagare — Viceversa se più sieno i fideiussori, ed un solo il fideiussore succedaneo, quelli possono domandare la divisione, e l'altro no — La ragione sta sempre nel principio che la fideiussione si dà in sussidio, in aiuto — Se il debitore non paga, il creditore trova il sussidio , l' aiuto ne' fideiussori; e se non pagano nè anehe questi, il creditore trova il sussidio, l' aiuto ne' fideiussori succedanei. Fr. 27 § ult. *de fideiussoribus* 16, 1 (2).

§ 773. *Benefizio di cessione delle azioni* (*Beneficium cedendarum actionum*). A bene intendere questo punto fa d' uopo avvertire che se un confideiussore paghi ha diritto al regresso, cioè ad essere rivalutato dell' intero dal debitore; ed à pure, sotto determinate condizioni, diritto al regresso contro gli altri confideiussori per la parte che sarebbe spettata a ciascuno di questi (3).

(1) Teoria uniforme, art. 1912 capoverso — Anzi se il creditore à diviso egli stesso e volontariamente la sua azione, non può recedere dalla fatta divisione, quantunque prima del tempo, in cui à dato il consenso per tale fideiussione , vi fossero de' fideiussori non solventi, art. 1913.

(2) Teoria uniforme, argom. art. 1912.

(3) Eguali diritti son dati dal Cod. Civ. Pel regresso contro il debitore veggansi art. 1915, 1916 1253 N. 3. Pel regresso contro gli altri confideiussori veggansi gli art. 1919, 1920.

Digitized by Google

Parliamo prima del regresso contro i confideiussori e poi di quello contro il debitore.

Al regresso del confideiussore contro gli altri confideiussori si riferisce il benefizio della cessione delle azioni, per lo quale è permesso al confideiussore di non pagare il creditore se pria questi non gli abbia ceduto le azioni per ripetere dagli altri confideiussori quant'altro sborserà nel fare il pagamento oltre la propria rata — La ragione di codesto beneficio sta in ciò che per la fideiussione v'è bensì tutto il rapporto tra il creditore e i fideiussori, e tra questi e il debitore, ma non vi è relazione giuridica tra confideiussori non essendo ripassato tra costoro contratto alcuno. Per lo che se uno de' confideiussori paghi il creditore, potrà in via di regresso agire contro il debitore, ma non potrà agire contro gli altri confideiussori per avere la rata che sarebbe spettata a ciascuno di essi, *perchè* non esiste obbligo di regresso de' fideiussori tra loro, non essendosi fatto tra essi alcun contratto — Donde la necessità pel confideiussore di avere dal creditore la cessione delle azioni, prima del pagamento, dapoichè se mai egli paghi senza avere avuto tale cessione, il debito resta estinto e il creditore non potrebbe dopo essere stato pagato cedere le azioni che più non esistono. Fr. 17 e 39 *de fideiussoribus* 46, 1; L. 2, 11, e 14 Cod. *de fideiussoribus* 8, 41. Fr. 67 *de solutionibus* 46, 3 (1).

Però deggiono farsi due avvertenze — La prima è che se mai il confideiussore abbia pagato col patto che il creditore dovrà cedergli le azioni, in tal caso le azioni si possono cedere dal creditore anche dopo il pagamento. Fr. 76 *de solutionibus* 46, 3. La ragione è che in tal caso si à una obbligazione assunta dal creditore nel momento stesso in cui è pagato, pria cioè ch' egli avesse perduta la sua veste creditoria, e perciò può ben cedere le azioni, dovendosi sempre ne' contratti guardare il tempo in cui si sono fatti (2). Per altro, a base del fr. 36 *de fideiussoribus* 46, 1, si ritenea come presunto tale patto, e si ammetteva il creditore a cedere le azioni anche dopo che era stato pagato — La seconda avvertenza è che non si

(1) Il benefizio di cessione delle azioni per Cod. Civ. esiste soltanto nel caso che il confideiussore non si trovi in una delle ipotesi prevedute nell' art. 1919. Veggansi art. 1919 e 1920. Se il confideiussore si trovi in una delle ipotesi prevedute nell' art. 1919 vi è il regresso legale art. 1920, onde non sarebbe necessario il regresso convenzionale per mezzo della cessione delle azioni.

(2) La teoria è identica, sempre però nel solo caso in cui oggi à luogo il benefizio della cessione delle azioni, val dire quando il confideiussore non si trovi in una delle ipotesi dell' art. 1919 — Vedi art. 1919 e 1920 — Se poi il confideiussore si trovi in uno de' casi dell' art. 1919, non vi sarebbe bisogno di cessione delle azioni, perchè si avrebbe il regresso legale.

Digitized by Google

può rinunciare al beneficio della cessione delle azioni. La ragione sta in ciò che se mai il confideiussore contrattando col creditôre, rinunciasse a codesto benefizio, farebbe cosa che andrebbe non a vantaggio del creditore stipulante, sibbene a vantaggio degli altri confideiussori — Or è principio di diritto già da noi studiato (vedi § 748) che niuno può stipulare per altri, e se lo fa, agisce nullamente (1).

Passiamo ora a parlare del regresso che il confideiussore, il quale paghi, à contro il debitore.

Se il garante paga, è troppo giusto che il debitore lo rivaluti — Non v' è bisogno di cessione delle azioni da parte del creditore — Dapoichè, o il fideiussore fece guarentigia con la scienza e consenso del debitore, e in tal caso questi si ritiene come mandante, come se avesse dato incarico al garante di pagare il creditore — Se poi il fideiussore fece guarentigia senza che il debitore lo avesse saputo, e il fideiussore paghi, in tal caso questi è ritenuto come gestore di negozii del debitore, e nella realtà avrebbe così bene gerito le cose del debitore per quanto lo avrebbe disciolto da una obbligazione § 7, Inst. 3, 21; Fr. 4, pr. *de fideiussoribus* 46, 1 (2).

Qualche volta però sarebbe necessaria pel fideiussore la cessione delle azioni da parte del creditore, qualche altra volta sarebbe utile.

V' à necessità della cessione quando alcuno avesse garentito un debitore non ostante il divieto di costui — Se il debitore vieta ad alcuno di far da suo garante, e ciò non ostante questi lo faccia, non si potrà più dire che questi sia stato mandatario o gestore di negozii di quello. È necessaria in tal caso la cessione delle azioni, altrimenti mancherebbe il titolo di diritto per essere rivalutato. Soltanto il fideiussore potrebbe agire contro il debitore per ripetizione d' indebito, e per la somma di cui il debitore si fosse fatto più ricco non pagando il creditore, sempre quando però il fideiussore non abbia agito per fare un atto di liberalità al debitore, o questi non possa dimostrare che il debito si sarebbe potuto dichiarare estinto. Fr. 40 *de negotiis gestis* 3, 5; L. ult. Cod. *eodem* 2, 19 (3).

V' è poi utilità quando l' azione del creditore verso il debitore sia più grave e sicura di quella che avrebbe il fideiussore contro il debitore Fr. 13 *de fideiussoribus* 46, 1. Se per esempio Tizio abbia prestato 1000 lire a Cajo con ipoteca sopra stabili, e con la fideius-

(1) Teoria uniforme, argom. art. 1128, 1919, e 1920.

(2) Teoria uniforme, art. 1915, 1916, 1253 n. 3.

(3) Il Codice Civile concede sempre al fideiussore, che à pagato, il subingresso verso il debitore, anche quando avesse fatto guarentigia contro il volere di costui, art. 1253. n. 3, e 1916.

Digitized by Google

sione di Mevio, questi pagando ed avendo la cessione delle azioni del creditore Tizio sarebbe messo al luogo di lui pel diritto ipotecario, e potrebbe rivolgersi con azione ipotecaria contro il debitore Cajo — Ma se il garante Mevio il quale paghi, non si faccia cedere le azioni dal creditore Tizio, non avrebbe più l' azione ipotecaria contro il debitore Cajo, e resterebbe invece con la semplice azione personale di mandato o di gestione di negnzio (1).

Obbligazioni semplici, complesse, facoltative ed alternative.

§ 774. La obbligazione è semplice quando ha per oggetto una sola prestazione, come ad esempio un cavallo (2).

È complessa quando ha per oggetto più prestazioni congiunte; come ad esempio un cavallo e cento ettolitri di grano. Il principio di dritto per riguardo alle obbligazioni complesse è che il debitore è tenuto a tutte le prestazioni, ma per ciascuna di esse la obbligazione è distinta. Fr. 29 ed 86 *de verborum obbligationibus* 45, 1. Onde per ogni prestazione deve darsi il tempo necessario alla esecuzione, la quale perciò può non essere simultanea, nonostante che il debitore non possa pagare in parte. Fr. 41 § 1, *de usuris et fructibus* 22, 1; Fr. 3 *familiae erciscundae* 10, 2 (3).

È facultativa la obbligazione quando l' oggetto è determinato, ma è in *facultate solutionis* di darne un altro, come ad esempio accade per l' obbligo del terzo possessore del fondo ipotecato di pagare o di rilasciare (4). Per la obbligazione facultativa è principio di diritto che essa si determina avuto riguardo unicamente alla prestazione, che ne forma l' oggetto. Fr. 44 § 5 *de obligationibus et actionibus* 44. 7. Per lo che se perisce la cosa dovuta, non vi è obbligo di dare l' altra che era in *facultate solutionis*. Fr. 33; Fr. 91. § 3. *de verborum obligationibus*. 45. 1; Fr. 92. *de solutionibus* 46. 3 (5).

È alternativa la obbligazione che comprende più prestazioni disgiunte, di modo che dando una di esse il debitore resta liberato, come ad esempio l' obbligo di dare L. 1000 o un cavallo russo bardato (6).

I principii per le obbligazioni alternative sono i seguenti.

---

(1) Per Codice Civile la teoria è diversa — In questo caso vi sarebbe surrogazione legale senza bisogno di cessione delle azioni, art. 1253 n. 3 e 1916.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 1179.

(3) Teoria uniforme, art. 1173 e 1246.

(4) Teoria uniforme arg. art. 1042, 1474, 1476, 1534 e 2013.

(5) Teoria uniforme art. 1298.

(6) Teoria uniforme art. 1177.

Digitized by Google

1 Se una delle cose promesse non può formare oggetto di contratto, come ad esempio una cosa fuori commercio, la obbligazione resta semplice. Fr. 16 e 128 *de verborum obligationibus* 45. 1. (1).

2. La scelta è del debitore se non si è convenuto espressamente che spetti al creditore. Fr. 2. § 3. *de eo quod certo loco* 13. 4; fr. 10. § 6. *de jure dotium* 23. 3; fr. 21. § 6. *de actionibus empti et venditi* 19. 1. (2).

3. Riguardo al perimento di una o di tutte le cose che formano oggetto della obbligazione alternativa, si osservano norme diverse secondochè la scelta spetti al debitore o al creditore, e secondochè siavi o no stata colpa di quello — Se la scelta è del debitore, perita una delle due cose, anche per colpa di lui, la obbligazione resta semplice, ed egli deve l' altra cosa non perita, senza che sia obbligato a rispondere di colpa per quella perita perchè poteva dare l'altra rimasta: perite tutte e due le cose per caso fortuito la obbligazione è estinta: perite tutte per colpa del debitore questi deve il prezzo di quella che perì ultima, perchè, con la perdita della prima cosa, la obbligazione restava semplice per la seconda—Se poi la scelta è del creditore, perita una delle due cose per caso, egli deve prendere l' altra, perchè la obbligazione resta semplice; perita una delle due cose per colpa del debitore, il creditore può prendersi la cosa rimasta ovvero pretendere il prezzo di quella perita, perchè il fatto del debitore non può privarlo del suo diritto: perite per caso tutte e due le cose, la obbligazione resta estinta: perite tutte per colpa del debitore, il creditore può domandare il prezzo dell' una o dell' altra, per la medesima ragione che egli non può restar privato del suo diritto per fatto del debitore: perita una per colpa del debitore e l' altra per caso, il creditore può domandare il prezzo di quella perita per colpa. Vegg ansi specialmente i Fr. 34. § 6 *de contrahenda emptione* 18. 1, e 95. pr. § 1. *de solutionibus* 46. 3. (3). Che se la obbligazione alternativa avesse per oggetto più di due cose, si seguono le medesime norme ora esposte (4).

---

(1) Teoria uniforme art. 1179.

(2) Teoria uniforme art. 1178.

(3) Per codice Civile la teoria è uniforme art. 1180, 1181 e 1182, meno per quest' ultimo punto, perchè quando uua delle cose è perita per caso e l'altra per colpa del debitore, il Codice dà al creditore la scelta di domandare il prezzo dell' una o dell' altra, art. 1181 capov. ult. Il Codice si è in ciò scostato dai principii, forse per ragioni di equità.

(4) Teoria uniforme art. 1183

Digitized by Google

EFFETTI DELLE OBBLIGAZIONI

§ 775. L' effetto delle obbligazioni consiste nello adempimento compiuto ed esatto di esse, e in mancanza è d' uopo risarcire i danni (1). Se la obbligazione è un *vinculum juris*, è necessità che le parti vi adempiano, ed è necessità che la legge trovi il modo di mettere a dovere l' inadempiente, con un corrispettivo qual' è quello del risarcimento alla parte a cui vantaggio la esecuzione era fatta.

Inoltre l' adempimento delle obbligazioni ne costituisce l' obbietto finale, ed è mestieri che la legge dia al creditore un ausilio per raggiungere tal fine, essendo sovente riluttanti i debitori.

Gli effetti delle obbligazioni adunque, riguardando l'adempimento, deggiono presentare le norme precise per conoscere quando può dirsi inadempiente colui che è obbligato, onde l' istituto della *mora*; qual'è il modo per punirlo della inadempienza, onde l' istituto de' *danni e interessi*; quali sono gli aiuti che la legge concede al creditore per assicurargli ciò che gli è dovuto, onde l' istituto de' *diritti ausiliarii de' creditori*.

E qui giova avvertire alla differenza che passa tra gli effetti dei contratti, di cui si è parlato al § 743 e seguenti, e gli effetti delle obbligazioni, di cui ora discorriamo.

Il contratto è differente dalla obbligazione, per quanto lo è la specie dal genere. La obbligazione è un vincolo di dritto, per lo quale alcuno deve adempire ad una determinata prestazione verso di altri, ed ha le cinque sorgenti, delle quali abbiamo discorso al § 734. Il contratto costituisce una di tali sorgenti ed è precisamente quella che mette capo allo scambievole consenso delle parti (v. § 735).

Or gli effetti delle obbligazioni versano sopra ciascuno dei vincoli derivanti da quelle cinque sorgenti, mentre gli effetti dei contratti si riferiscono al solo vincolo che provviene dal consenso scambievole de' contraenti (2).

Mora.

§ 776. La mora significa ritardo, ed in senso legale consiste nel ritardo non giustificato sia del debitore a pagare (*mora solvendi*) sia del creditore a ricevere (*mora accipiendi*). Fr. 21 *de usuris et fructibus* 22, 1; Fr. 37 *mandati* 17. 1. (3).

(1) Teoria uniforme art. 1218.

(2) Il Codice civile segue questo sistema. Veggasi libro III, tit. IV, capo, I, sez. I, § 3. *Degli effetti dei contratti*, e tit. IV, capo II. *Degli effetti delle obbligazioni.*

(3) Teoria uniforme. Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

§ 777. La mora si distingue in personale e reale.

La mora personale si ha quando vi è la domanda del creditore ovvero l' offerta del debitore, e ciò non ostante il debitore non paga ovvero il debitore non riceve. Fr. 13. § 8, *de actionibus empti et venditi.* 19. 1. nov. 91. cap. 2 (1). La domanda del creditore può essere giudiziale o stragiudiziale Fr. 32. pr. § 1 e 3 *de usuris et fructibus* 22. 1 (2). Il rifiuto del creditore può essere non solo a ricevere ma anche a frapporre ostacoli all' adempimento della obbligazione, come ad esempio alla liquidazione di un conto. Fr. 39. *de solutionibus*. 46. 3; Fr. 5. *de periculo et commodo rei venditae* 18. 6. Fr. 4 § 1. *de eo quod certo loco* 13. 4; L. 4. Cod. *de usuris pupillaribus*. 5. 56 (3).

La mora è reale quando si verifica il ritardo senza domanda e senza offerta, e ciò accade per essersi fatto ciò che alcuno si era obbligato a non fare, o per la scadenza del termine apposto per la esecuzione della obbligazione senza che vi si sia adempito L. 12. Cod. *de contrahenda emptione* 4. 38, L. 2 Cod. *de jure emphyteutico*. 4. 66. Onde la regola *dies interpellat pro homine*, la quale significa che quando nella legge o nella convenzione è stabilito il giorno in cui si deve adempire alla obbligazione, non è necessaria la domanda del creditore, essendo essa compresa nella fatta designazione del giorno (4).

§ 778. L' effetto della mora è di ritenere in colpa il moroso, perchè è colpa il ritardo, sia a dare, che a ricevere.

Or essendovi colpa ne segue — 1 che la cosa resta a pericolo di chi è in mora, di modo che se essa perisce, egli ne risente il danno, purchè la cosa medesima non sarebbe egualmente perita presso l' altra parte diligente Fr. 5. *de rebus creditis* 12. 1; Fr. 23 e seg; Fr. 82. § 1. *de verborum obbligationibus* 45. 1. (5) — 2 che nei giudizii di buonafede e non in quelli di stretto diritto (vedi § 744) si debbono pagare gl' interessi, i quali non sono altro che un risarcimento di danno per la colpa. Fr. 32. § 2; Fr. 3 pr; Fr. 38. pr. e § 15. *de usuris et fructibus* 22. 1. (6).

---

(1) Teoria uniforme veggansi le seguenti note.

(2) Per Cod. civile è necessario una intimazione o altro atto equivalente — art. 1223. Se la intimazione è giudiziale, e può esservi un altro atto che vi equivalga, sembra che questo dovesse essere sempre giudiziale. Ma in ciò discordano gli scrittori.

(3) Teoria uniforme arg. art. 1259 Cod. Civ. 326. Cod. Proc. Civ.

(4) Teoria uniforme art. 1221 e 1223.

(5) Teoria uniforme art. 1219 e 1259.

(6) Oggi essendo tutti i giudizii di buona fede (Vedi nota al § 744.) gli interessi debbonsi sempre per la mora art. 1221, 1225, 1231.

Digitized by Google

§ 779. La mora intanto può rimanere senza effetto, ed allora dicesi *purgata.*

La purgazione della mora può verificarsi in due modi.

Da parte del creditore con la rinuncia agli effetti di essa sia espressamente che tacitamente, come ad esempio con una novazione, o con la concessione di un nuovo termine. Fr. 8. pr. *de novationibus.* 46. 2. Fr. 29. § 1. *de verborum obligationibus* 45. 1. (1).

Da parte del debitore con l' offerta reale, la quale purga la mora dal momento della offerta in poi. Fr. 73. § ult; Fr. 84; Fr. 91. § 3. *de verborum obbligationibus* 45. 1; Fr. 72, § 2. *de solutionibus* 46. 3. (2).

Danni interessi

§ 780. L' inadempimento della obbligazione mena al risarcimento de' danni, ma questo si esplica in diverse guise, cioè non solo con la prestazione vera e propria de' danni interessi, ma anche con la clausola penale, con la caparra, e con l' usura.

Danni interessi propriamente detti.

§ 781. I danni interessi, come dice la stessa lettera, comprendono la perdita sofferta dal creditore e il guadagno di cui egli fu privato. *Quantum alicui abest, quantum lucrari potuit.* Fr. 13 *ratam rem haberi* 46, 8. Cioè consistono nell' *id quod interest*, vale a dire nel danno emergente (danno positivo) e nel lucro cessante (danno negativo) (3).

Il principio generale di diritto chè domina in questa materia è che i danni interessi hanno luogo quando vi è colpa, presa questa parola in senso lato, cioè di dolo, di colpa propriamente detta, e di mora.

Or, come abbiamo veduto al § 730, tutte le obbligazioni si riducono a dare, fare, o non fare.

Le obbligazioni di dare possono avere per oggetto una specie ovvero un genere, vedi § 311 (4), come per esempio la vendita della

(1) Teoria uniforme arg. art. 1267 e 1269.

(2) Teoria uniforme art. 1259.

(3) Teoria uniforme, art. 1227.

(4) Il ternicismo è variato per Codice Civile. Alla specie de' Romani rispondono le frasi *corpo determinato, cosa particolare, cosa certa e determinata.* — Al genere de' Romani rispondono le parole *specie e genere* — Veggasi nota al § 311

Digitized by Google

propria pariglia di cavalli che alcuno à nella sua stalla, ovvero la vendita in generale di una pariglia di cavalli Inglesi — Quando si tratti di dare una specie, come la propria pariglia di cavalli, il debitore non solo à l' obbligo di dare la cosa, ma di consegnarla e conservarla fino alla consegna sotto pena di danni interessi, e può anche il creditore farsi autorizzare giudizialmente a prenderne possesso. Quando invece si tratti di una cosa di genere, come una pariglia di cavalli Inglesi, il debitore è tenuto a darla sotto pena di danni interessi, se pure al creditore non piaccia di farsi autorizzare a procurarsela a spese dello stesso debitore. Fr. 11. § 2, fr. 31 e 36 *de actionibus empti et venditi* 19, 1; fr. 3 ed 11 in fine *de periculo et commodo rei venditae* 18, 6; fr. 5 § 2 *commodati* 13, 6; fr. 35 § 4 *de contrahenda emptione* 18, 1. (1).

Le obbligazioni di fare e di non fare possono trasgredirsi dall'obbligato, perchè niuno può esser costretto nella sua libertà a fare o a non fare; ma chi vi si è obbligato, e trasgredisce, deve rispondere de'danni interessi fr. 72 pr. fr. 113 § 1 e 114 *de verborum obligationibus* 45, 1; fr. 13 *de re judicata* 42, 1. Che se altri, in luogo dell' obbligato, possa fare ciò che il debitore dovrebbe (come ad esempio la fabbrica di un muro), ovvero possa disfarsi ciò che si è fatto in contravvenzione all' obbligo di non fare (come ad esempio l' abbattimento della chiusura di una entrata), il creditore può essere autorizzato a fare o a disfare a spese del debitore — Fr. 122 § 3 e 6 *de verborum obligationibus* 45, 1; fr. 20 § 1, *de operis novi nunciatione*; fr. 1 § 5, 7, 9; fr. 3, 5, 6 § ult. *quod vi aut clam* 43, 24 (2).

§ 782. Dobbiamo ora vedere in qual modo i danni interessi si prestano. La regola generale è che pe' danni interessi *honestus modus servandus est.* Fr. 40 *de aqua et aquae pluviae arcendae* 39, 2, cioè bisogna osservare una certa discrezione nella prestazione.

Questo principio à il suo svolgimento relativamente — 1 al valore — 2 a' frutti — 3 ed alla estensione de' danni.

1. *Valore* — Questo va calcolato per quanto la prestazione ne à pel creditore, senza che si debba avere riguardo a prezzo di affezione di lui, ovvero al valore astratto — Fr. 33 pr. *ad legem aquiliam* 9, 2; fr. 6 § 2. *de operis servorum* 7, 7; fr. 73 pr. *ad Legem falcidiam* 35, 2. (3).

2. *Frutti.* — Si debbono non solo quelli realmente percepiti, ma anche gli altri non percepiti e che poteansi percepire, i quali son detti

(1) Teoria uniforme art. 1219, e arg. art. 1220.
(2) Teoria uniforme, art. 1218, 1220, 1221 e 1222.
(3) Teoria uniforme, arg. art. 1227.

Digitized by Google

percipiendi Fr. 8, 38 § 15, e 39 § 1, de *usuris* 22, 1. (vedi § 289). La ragione è che per dar luogo a' danni interessi si deve essere in colpa o in mala fede (1).

3. *Estensione de' danni* — Chi è in colpa è tenuto a risarcire i danni, e la norma di estensione per questi sta nel rapporto di causa ad effetto — Il danno che non presenta questo nesso causale non dev' essere risarcito.

Segue da ciò che debbono risarcirsi i danni che immediatamente e direttamente derivano dall' inadempimento della obbligazione non già quelli mediati indiretti e lontani. Così se vi ho consegnato un cavallo attaccato di un male contagioso, il quale nella vostra stalla ha fatto morire tutti gli altri cavalli vostri, e per la morte di essi voi non avete potuto coltivare le vostre terre, io sarei tenuto a rivalutarvi del prezzo di tutti i vostri cavalli, ma non già del prezzo del ricolto, che voi perdeste, perchè il nesso causale esiste per la morte dei cavalli e non per la perdita del ricolto, per avere il quale avreste potuto diversamente provvedere (2).

Clausola penale.

§ 783. La clausola penale è una prestazione pattuita dal promittente pel caso d'inadempimento della sua obbligazione. Essa mira a determinare presuntivamente l' estensione dei danni interessi che si dovessero dal debitore al creditore, specialmente perchè molte volte

(1) Teoria uniforme. arg. art. 1227.

(2) Teoria uniforme art. 1229. Inoltre il Cod. Civ. dichiara che l' inadempimento della obbligazione mena di regola al risarcimento dei danni ed interessi che sono stati preveduti o che si potevano prevedere al tempo del contratto, e che quando l' inadempimento derivi da dolo van dovuti i danni interessi che si potevano e che non si potevano prevedere, art. 1228. Così, per esempio, se io vi ho affittato una casa per 29 anni credendo che la casa fosse mia, e voi a capo di dieci anni vi avete aperto un negozio; revindicata contro di me la casa ed espulsone voi, io dovrò ristorarvi delle spese della sgomberatura ed anche dell' essersi nell' intervallo aumentato gli affitti, ma non del danno che potreste soffrire nel vostro traffico per la perdita degli avventori perchè quando io vi affittai la casa ignorava che avreste voluto aprirvi un negozio. Ma se io sapeva di affittarvi una casa non mia, dovrò rivalutarvi di tutto ed anche del danno nel traffico. La ragione è che i danni interessi sono riguardati come il risultamento di una convenzione tacita, onde deve ripararsi soltanto il danno che le parti aveano potuto prevedere secondo le circostanze e l' andamento naturale delle cose; ma quando il debitore è in dolo, non può presumersi tacita convenzione, essendo impossibile ed immorale supporre che si pattuisse una più discreta misura di risarcimento in caso di dolo di alcuna delle parti, e d' altronde il dolo deve punirsi fino alle ultime sue conseguenze.

Digitized by Google

è difficile dimostrare e precisare a che ammontino § 7. *Inst. de verborum obligationibus*. 3, 15. (1).

Sicchè di regola la clausola penale tiene il luogo di danni interessi prestabiliti e fissati dai contraenti. Di che segue :

1. Che essa è dovuta quando il debitore è in colpa o in mora, e senza che il creditore debba giustificare di aver sofferto danni § 7. *Inst. de verborum obligationibus* 3, 15; Fr. 122 § 6. *eodem* 45, 1 ; Fr. 23 *de obligationibus et actionibus* 44, 7, L. 12 Cod. *de contraenda stipulatione* (2).

2. Che il creditore ha la scelta di domandare o la esecuzione del contratto o la pena stipulata, non potendo egli pretendere e la cosa e i danni che ne tengono il luogo. Fr. 41, 42. *pro socio* 17, 2; Fr. 28 *de actionibus empti et venditi* 19, 1 ; Fr. 10 § 1 *de pactis* 2, 14. Ma il creditore avrebbe il diritto di domandare e la cosa e la pena quando questa si fosse stipulata per riparazioni di danni interessi che il creditore avrebbe sofferto non dall'inadempimento assoluto della obbligazione, ma dalla semplice mora nell' adempimento. Fr. 28, *de actionibus empti et venditi* 19, 1. (3).

3. Che tale pena non può ridursi anche quando sia eccessiva, perchè il promittente deve imputare a se stesso se si è obbligato ad una pena troppo grave arg. Fr. 7. § 1. in fine, *qui satisdare coguntur* 2, 8; fr. 1. princ. *de pactis* 2, 14; fr. 1. pr. *de constituta pecunia* 13, 5; fr. 24 in fine e fr. 26 *depositi* 16, 3; fr. 74 princ. *de evictionibus* 21, 2 (4). Ma se l'obbligazione è stata eseguita in parte, la pena va diminuita in proporzione perchè il creditore non può ricevere e cosa e danni Fr. 9. § 1. *si quis cautionibus* 2. 11. (5).

Del rimanente la clausola penale à il carattere di obbligazione accessoria fr. 71 *de verborum obligationibus* 3, 15. Onde segue — 1 che non à più luogo se si estingua la obbligazione principale — 2 e che se non è valida la obbligazione principale, resta invalida la clausola penale ; Fr. 61 e 69 *de verborum obligationibus* 45, 1. Ma se viceversa è invalida la clausola penale (come ad esempio di dare per essa una cosa impossibile) la obbligazione principale sussiste. Fr. 92 *de verborum obligationibus* 45, 1 (6).

---

(1) Teoria uniforme art. 1209. 1212. e 1230.
(2) Teoria uniforme arg. art. 1211, 1213.
(3) Teoria uniforme art. 1212. cap.
(4) Teoria uniforme art. 1230.
(5) Teoria uniforme art. 1214.
(6) Teoria uniforme, art. 1219.

Digitized by Google

Caparra

§ 784. La caparra consiste in una somma di denaro o in un altro qualunque oggetto che l'un contraente dà all' altro o per un contratto già perfetto, o per un contratto per lo quale manchi qualche cosa per la sua perfezione.

Il diritto Romano nel primo caso riteneva la caparra come quella che veniva meglio a provare il contratto già conchiuso (*ut evidentius probari possit*) e che meglio ne assicurava l'adempimento; ma il contratto dovea sempre eseguirsi, seppure non fosse stato risoluto di comune accordo; ond' è che la caparra, la quale in questa ipotesi veniva chiamata *arrha confirmatoria*, doveva sempre o imputarsi al pagamento o restituirsi.

Senonchè, quando la caparra davasi pel contratto già perfetto, potevano le parti pattuire che la si fosse data per altro fine, cioè — 1. o per poter recedere del contratto restituendo nel doppio la caparra avuta o perdendo quella data, ciò che chiamavasi *arrha poenitentialis* perchè ciascuno poteva pentirsi del contratto — 2 o perchè la caparra tenesse il luogo di clausola penale, cioè della estensione dei danni ed interessi in caso d' inadempimento, e per dare a chi non è in colpa la scelta o di domandare la esecuzione del contratto oppure il vantaggio che proviene dalla ritenzione della caparra avuta o dalla restituzione in doppio della caparra data.

Sicchè nel silenzio delle parti, e trattandosi di contratto già perfetto, il diritto Romano presumeva che le parti medesime avessero avuto il primo fine e non gli altri due, cioè che la caparra fosse confirmatoria e non penitenziale o per clausola penale, per le quali ultime due ipotesi era necessaria la convenzione espressa — Veggasi Voet ad Pandectas Tit. *de contrahenda emptione* n. 25; Eineccio Pandette parte 3 § 256 e le autorità da essi ricordate.

Quando poi il contratto non era perfetto, la caparra data come segno di un contratto da conchiudersi, era sempre penitenziale, perchè il vincolo di diritto pel contratto proposto mancava, ma vi era sempre la dazione della caparra, la quale implica una convenzione tacita su di essa, cioè di perderla se recede dal contratto proposto chi l'à data, o di restituirla nel doppio se recede invece quegli che l'à ricevuta, altrimenti quella dazione che è sempre qualche cosa di positivo e di reale non avrebbe oggetto — L. 17. Cod. *de fide instrumentorum* 4, 21; L. 3. Cod. *de actionibus empti* 4, 49. Veggasi Pothier vendita § 497 e seguenti (1).

(1) Per Codice Civile se la caparra si dà dopo perfezionato il contratto, si

Digitized by Google

Usura.

§ 785. L'usura è un corrispettivo dell'uso di una cosa fungibile ed é anche un risarcimento se non si adempia ad un debito di quantità. Il quale risarcimento si risolve pure in definitiva ad un corrispettivo dell'uso di cosa fungibile altrui. Sempre l'uso di cosa fungibile vi deve essere, onde è provvenuta la parola *usura*, la quale era pure dai Romani chiamata *foenus a foetu*, quasichè come dice il Calvino (Lexicon juris v. *foenus*) *pecunia pecuniam veluti foetum quemdam pariat* (1).

E così, dandosi danaro a mutuo, può esser pattuita l'usura, come vedremo parlando del mutuo, ma essa non può eccedere la misura legale (2).

Ritardandosi l'adempimento di un debito di quantità, e trovandosi in mora il debitore, si debbono i danni interessi, pe'quali può accadere che la misura siasi o non siasi fissata con la convenzione. Quando la misura è stabilita dalle parti, il debitore deve pagare gli interessi pattuiti, purchè questi non eccedano la misura legale. L. 26. § 1. Cod. *de usuris*. 4. 32. (3). Quando poi le parti non abbiano fissata una misura, nei giudizii di stretto diritto niente si dovea neanche dopo contestata la lite. L. 1. Cod. *de condictione inde-*

---

presume nel silenzio de'contraenti che siasi data come clausola penale cioè come cautela per risarcimento di danni in caso d'inadempimento, per lo che il contraente che non è in colpa, se non voglia l'esecuzione della convenzione, può tenersi la caparra ricevuta, o domandare il doppio di quella che à data. Possono però le parti avere avuto diverso fine, cioè quello della fede della conchiusione del contratto e principio della esecuzione (*arrha confirmatoria*), ovvero l'altro della facoltà di poter recedere dal contratto medesimo (*arrha penitentialis*), ma per tali fini diversi, manca la presunzione di legge, e dovrebbe darsene la prova — art. 1217.

Riguardo poi alla caparra data per un contratto proposto e non perfetto, la caparra devè ritenersi come penitenziale, perchè è manifesta la convenzione tacita in tal senso, dal momento che vi è stata la dazione della caparra, che deve avere avuto un oggetto, e non si è conchiuso il contratto che le parti aveano di mira, arg. art. 1098.

(1) Oggi la fortuna delle parole ha fatto generalmente variar di senso la parola *usura*, la quale si prende in mala parte pel profitto esorbitante dei capitalisti nel dar denaro ad imprestito. Il Cod. Civ. adopera invece la parola *interessi*. Veggansi art. 1232 e 1831.

(2) Anche per Cod. Civ. è permessa la stipulazione degli interessi nel mutuo, ma non vi è per questi misura legale. Veggansi le seguenti note.

(3) Per Cod. Civ. gl'interessi nella misura pattuita pei debiti di quantità, si pagano sempre, qualunque sia la somma fissata, arg. art. 1209, 1212, 1230, 1231.-

Digitized by Google

biti 4. 5 ; L. 3. Cod. *de usuris* 4. 32 ; Fram. 24 *de praescrisptis verbis* 19. 5; Fr. 10. § 4 *mandati* 17. 1. Ma nei giudizii di buona fede gli interessi erano dovuti dal giorno della mora e la misura ne era determinata dal Magistrato, il quale avea principalmente di mira la consuetudine del luogo. Fr. 39. § 1. *de legatis* 30. 1; Fr. 1 e 32. § 2 *de usuris* 22. 1; Fr. 7. § 10 *de administratione et periculo tutorum* 26. 7. La ragione di codesta grave differenza dipendeva dalla distinzione che faceasi in Diritto Romano tra i giudizii di stretto diritto e di buona fede, di che abbiam parlato al § 744 (1).

§ 786. Importa dunque conoscer bene in che consisteva per diritto romano la misura legale (2).

La misura legale degl' interessi , per diritto romano , è il limite massimo fissato per essi dalla legge e che le parti non possono eccedere nelle loro convenzioni (3).

Tale misura fu incerta prima di Giustiniano , il quale la fissò al tre per cento per gli uomini illustri, all'otto pei mercanti, al sei per ogni altra persona, ed al dodici pel cambio marittimo. L. 26. § 1. Cod. *de usuris* 4. 32. La ragione per la quale venne apposto questo limite fu per l'abuso degli usurai (4).

(1) Per Cod. Civ. tutti i giudizii sono di buona fede (Veggasi nota al § 744); onde il debitore, che è in mora, deve sempre risarcire i danni, art. 1225, e se trattasi di obbligazione che ha per oggetto una somma determinata, deve gli interessi, i quali vengono invariabilmente fissati nella misura legale art. 1231.

(2) E in che consiste per codice civile.

(3) Per Cod. Civ. manca questa misura legale perchè le parti possono stabilire sempre quella misura d'interessi che a loro piace. Vegansi le seguenti note. Ma vi è altra specie di misura legale, cioè quella stabilita dalla legge nel silenzio dei contraenti, quando trattasi di somma determinata. Questa seconda specie di misura legale, che oggi è in vigore, e che chiamasi interesse legale, art. 1231 e 1831, era ignota ai Romani, i quali ne abbandonavano la fissazione al prudente arbitrio del magistrato , tenendo a base la consuetudine dei luoghi. Veggasi § precedente.

(4) Il Cod. civ. ha fissato la misura legale al cinque per cento nella materia civile, ed al sei per cento nella materia commerciale , per quei casi nei quali il debitore è in mora e manchi per gl'interessi la convenzione delle parti, art. 1231 e 1831. Ha dato poi piena libertà per gl'interessi convenzionali, e soltanto richiede che vi sia un atto scritto, quando eccedano la misura legale, affinchè l'usuraio abbia il coraggio di comparire qual'è, e di affrontare così l' opinione pubblica, art. 1831.

La ragione di tale libertà è che non si può in modo assoluto fissare il prezzo dell'uso dei capitali, mentre il valore corrente dei medesimi è l'effetto delle cause ordinarie che influiscono sulla domanda e sulla offerta, come ancora dei rischi maggiori o minori che s'incontrano nell'impiego.

Il tasso inoltre nei tempi di calma , è un invito ai capitalisti di tener alto l'interesse, e nei tempi di crisi diventa un ostacolo alle operazioni di credito, alla circolazione già stagnante del denaro.

Digitized by Google

Rimane ora a vedere se è permesso l'esigere interessi sugli interessi, ciò che ha il nome di *anatocismo*, parola che viene dal greco e che significa nuovo prodotto.

L'antico Diritto Romano lo ammetteva soltanto per gl' interessi già decorsi e negava forza alla stipulazione degli interessi sugli interessi futuri. Fr. 26. § 1. *de condictione indebiti* 12. 6. Giustiniano vietò che in qualunque modo potessero esigersi interessi sugli interessi siano passati siano futuri, perchè egli dicea non saper trovare differenza tra l'un caso e l'altro L. 28. Cod. *de usuris* 4. 32 (1).

Il tasso dell'interesse ripugna poi al principio di giustizia e di pubblica economia. Non risponde al principio di giustizia, perchè esso non à altro scopo, se non quello d'impedire la riscossione di un interesse maggiore dell' interesse legale, ma la limitazione è ingiusta perchè nelle diverse condizioni economiche per ragion di tempo, di luogo e di persona, il tasso legale non è un adeguato corrispettivo dei servizii, che rende il capitale, nè il premio dovuto ai rischi che esso corre nella circolazione. Ripugna ai principii economici, perchè quando il prezzo legale dell'uso dei capitali è inferiore al prezzo corrente, o la legge sarà violata mediante un supplemento di premio pagato celatamente al capitalista, o i capitali resteranno inerti in mano del medesimo, con danno di chi ne abbisogna e del commercio in generale. Siccome poi questi effetti immediati del tasso diventano più considerevoli ne'tempi di crisi, quando cioè il credito trovasi scosso nelle molteplici sue relazioni, ne diventano perciò anche più gravi e perniciosi i risultamenti.

(1) Il Cod. Civ. è tornato alla purità dell'antico Diritto Romano, e dispone che gli interessi scaduti possono produrre altri interessi o nel tasso legale in forza di giudiziale domanda e dal giorno di questa, o nella misura che verrà pattuita in forza di una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi, art. 1232.

La ragione è che il debitore in mora deve risarcire i danni derivanti da essa. Trattandosi di somme di denaro, la legge adotta un sistema di prescrizione generale, e stabilisce che il risarcimento dei danni consisterà nel pagamento degli interessi nel tasso legale. Ora sia che la somma dovuta formi un capitale, sia che costituisca interessi sopra un capitale, il danno presunto dalla legge si verifica ugualmente pel creditore che non ne riceve il pagamento. Esso ha potuto fare assegnamento sulla somma dovutagli a titolo d'interesse; e se questa somma non gli viene pagata dovrà ricorrere ad un imprestito, e soffre quindi un danno come se la somma dovutagli costituisse un capitale.

Non può impedirsi, che gli interessi, quando già siano scaduti, vengano, mediante apposita convenzione, costituiti in capitale per far decorrere gli interessi sopra i medesimi. Se il debitore li pagasse, il creditore potrebbe impiegare la relativa somma ad interesse presso un terzo : or perchè si dovrà vietare che ciò si faccia lasciandoli in mano del medesimo debitore? Questi inoltre può non trovarsi in grado di pagare gli interessi dovuti, senza ricorrere ad un imprestito, sottoponendosi al pagamento di altri interessi, e perchè non potrà ritenere quelli già dovuti qual nuovo imprestito, invece di ricercare un terzo che abbia a mutuarglieli? Si teme che il debitore aumenti per tal modo eccessivamente il suo debito verso lo stesso creditore; ma la sua condizione non cam-

Digitized by Google

Diritti ansiliarii de' creditori

§ 787. La legge , che è sempre intenta alla esecuzione esatta e completa delle obbligazioni offre, anche dei sussidii ai creditori per resistere ed opporsi alle riluttanze ed alle arti dei debitori.

Codesti sussidii sono tre cioè 1. atti conservativi — 2. esercizio delle ragioni del debitore — 3. azione paulliana.

Atti conservativi

§ 788. Chi ha un credito, ha in generale il diritto di guarentirlo, sia per rispetto alla conservazione e sicurezza del credito medesimo, sia per la conservazione e sicurezza del patrimonio del debitore.

---

bia punto, se aumenta il suo passivo obbligandosi verso un altro. Anche in questo caso il Legislatore ha cercato di erigersi a tutore delle persone senza però raggiungere lo scopo. La tutela legislativa di coloro che sono pienamente capaci di obbligarsi non entra nel sistema del Codice.

Se non che per l'anatocismo, che oggi è permesso, non solo vi è la restrizione agl'interessi scaduti, ma vi è anche l'altra che l'interesse convenzionale o legale sugli interessi già decorsi non può cominciare, se non quando trattasi di interessi dovuti per un' annata intera; anche quando gli interessi debbano pagarsi a rate semestrali, bimestrali o mensili. Così per esempio se io al primo Giugno ti ho prestato Lire 1000 con l'interesse del 12 o[o da pagarmisi ogni mese, od in ogni sei mesi, non potrò convenire con te sugl'interessi scaduti o domandarteli giudizialmente se non per tutto l'anno ed al primo Giugno dell'anno seguente, art. 1232 cap. ult.

Questa seconda restrizione però ha tre eccezioni.

La prima è per le Casse di Risparmio ed altri simili istituti quando fosse altrimenti stabilito dai rispettivi loro regolamenti, art. 1232 cap. ult. La ragione sta nel favore a codesti istituti di credito che concorrono al credito pubblico.

La seconda è per le rendite periodiche come i fitti, le pigioni ed i frutti maturati delle rendite perpetue o vitalizie, che producono interessi dal giorno della domanda o della convenzione posteriore alla scadenza, anche quando non se ne debba un'annata, e la ragione sta in ciò che, sebbene trattisi di frutti civili (vedi § 289), pure il debitore non deve restituire il capitale, e non deve avere il doppio godimento della cosa e del prezzo, art. 1233.

La terza è per le restituzioni de' frutti e per gl'interessi pagati da un terzo al creditore a scarico del debitore, art. 1233 capoverso. La ragione è che tali frutti e interessi formano un capitale relativamente al terzo che à pagato. Così per esempio, se io per frutti o interessi deggio a Tizio lire mille, e Cajo glieli paghi, si possono pattuire interessi su tale somma, e possono esser dovuti dietro domanda giudiziale, quando pure i frutti e gl'interessi medesimi sieno inferiori ad un'annata.

Intanto si avverta che l'anatocismo nelle materie commerciali è regolato inoltre dagli usi e dalle consuetudini, art. 1232 capov. 1.

Digitized by Google

Il creditore perciò ha la facoltà di procedere ad atti svariati per raggiungere l'uno e l'altro fine. E così, per la conservazione del proprio credito, egli può invitare il debitore a riconoscere giudizialmente la firma da lui apposta alla scrittura e, quando questi non voglia, può far procedere a verificazione giudiziale (1); può chiedere un nuovo titolo quando si avvicina il tempo della prescrizione (2); e per evitare che questa si verifichi può interromperla (3). E per la conservazione del patrimonio del debitore può domandare la separazione come si è detto al § 712; far procedere ad inventario come si è cennato al § 711; ec.

Vi sono altri mezzi diversi sparsi nei codici che quì non è d'uopo ricordare.

Esercizio delle ragioni del debitore.

§ 789. Poichè i beni del debitore formano la guarentigia del creditore, come si è detto al § 526, questi, per conseguire quanto gli è dovuto può sperimentare le ragioni che il debitore medesimo à contro terzi, e specialmente può con autorizzazione del Magistrato perseguitare i debitori del suo debitore nel fine di ottenere il pagamento L. 2. Cod. *quando fiscus* 4. 15; fr. 15. § 8 *de re judicata* 42. 1. Ond'è mestieri che il credito sia esigibile, che il creditore agisca ne' limiti di esso, e che il debitore non lo paghi.

Ma i creditori non possono pretendere che il debitore accresca il suo patrimonio, cogliendo qualche occasione che gli si presenti propizia, e così ad esempio i creditori non potrebbero costringere il debitore ad accettare una eredità, ad eccepire una prescrizione ec., nè i creditori potrebbero ciò fare in luogo del debitore. *Non fraudantur creditores cum quid non adquiritur a debitore*, *sed cum quid de bonis diminuitur* fr. 134 *de regulis juris* 50. 17.

Per altro sono sempre intangibili i diritti inerenti alla persona, e così ad esempio il creditore non potrebbe toccare la cosa che si è concessa in uso al debitore (veggasi § 515), nè agire in nome del debitore per un diritto che gli è esclusivamente personale. Fr. 28 *de legatis* 31. 1; Fr. 7. *de exceptionibus* 44. 1; Fr. 68 e 196 *de regulis juris* 50. 17 (4).

---

(1) Teoria uniforme art. 282, 283 Cod. proc. civ.

(2) Teoria uniforme art. 2136.

(3) Teoria uniforme art. 2123.

(4) Il Codice à dato maggior forza al principio che il creditore può sperimentare le ragioni del debitore, e dispone nell'art. 1234 che i creditori pel conseguimento di quanto è loro dovuto, possono esercitare tutti i diritti e tutte

Digitized by Google

Azione paulliana.

§ 790. Il terzo diritto ausiliario dei creditori è l'azione paulliana, così detta dal pretore Paolo che la introdusse, e ehe consiste nel dare al creditore la facoltà di ottenere la rivocazione dagli atti, che il debitore abbia fatto in frode delle sue ragioni, affinchè i beni rientrino nel patrimonio di costui, ed egli possa essere pagato. Poichè trattasi di rivocare un atto, quest' azione fu chiamata anche rivocatoria.

La rivocazione si basa sulla frode, la quale è sempre perseguitata e punita dalla legge. Ma la frode *non ex eventu dum taxat, sed ex consilio quoque desideratur* Fr. 79, *de Regulis Juris*, 50,17.

Onde gli elementi che debbono concorrere per l' azione Paulliana sono due, cioè il danno ed il dolo, che vengono chiamati *eventus damni et consilium fraudis*.

Esaminiamoli partitamente.

Eventus damni — L'atto fraudolento deve aver prodotto come causa efficiente l' insolvibilità del debitore, ponendolo nello stato di non poter pagare, almeno interamente, il suo creditore. Che se la miseria fosse accaduta per tutt'altra ragione, ovvero al debitore fosse rimasto tanto da poter pagare tutto il suo debito, l'atto, anche quando fosse diretto alla frode, non potrebbe revocarsi.

Consilium fraudis.— È mestieri che l'atto si faccia dal debitore con dolo cioè con la rea coscienza di frodare il creditore e di non pagarlo; per lo che se il dolo manchi ed il debitore abbia agito in buona fede, non potrebbe rivocarsi l'atto, anche quando da esso fosse provvenuto danno. Così, per esempio, se alcuno avesse venduto un suo fondo ignorando che per tremuoto sia caduto un suo palazzo in luogo lontano e resti perciò senza beni, i creditori non potrebbero far rivocare quella vendita.

---

le azioni del debitore, eccettuati que' diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore, art. 1234.

Ma il Codice, sempre inteso ad assicurare i crediti, non si è limitato a dare maggiore estensione al principio ora ricordato, e à permesso che in alcuni casi possa il creditore far accrescere il patrimonio del debitore, anche quando questi non voglia. E così, se il debitore rinuncii alla prescrizione, il creditore può opporla, art. 2112: se il debitore rinunzii ad una eredità in pregiudizio de' diritti del creditore, questi può farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla in nome e luogo di lui, art. 949. In molti punti del Codice si vede applicata con rigore la massima *nemo liberalis nisi liberatus*, e sempre si trova sotto ogni aspetto favorito il credito.

Digitized by Google

Ma per l'applicazione di tali due estremi vi ha differenza fra gli atti a titolo oneroso e quelli a titolo gratuito.

Per gli atti a titolo oneroso non basta la frode nel solo debitore, ma è d'uopo che di essa sia partecipe anche l'altro contraente; cosicchè se il debitore è in frode, e chi contrae con lui, ad esempio, una vendita, niente conosca che il debitore lo faccia per frodare i suoi creditori, l'atto è valido. La ragione è che tanto il creditore quanto l'acquirente cercano di evitare un danno, *et in pari caussa possessor potior haberi debet* Fr. 128 *de regulis juris* 50,17; Fr. 9 § 4 *de publiciana in rem actione* 6.2. D'altro canto il creditore è in colpa per non aver presa una più valida guarentigia sui beni del debitore mediante pignoramento, ipoteca ecc.

Per gli atti a titolo gratuito basta la frode nel solo debitore, e l'atto viene a rivocarsi anche quando sia in buona fede l'acquirente. La ragione è che quando alcuno cerca di evitare un danno e un altro di fare un lucro, deve preferirsi quello a questo, perchè il danno è qualche cosa di più grave del lucro. Fr. 6, § 11 e Fr. 17 § 1, *quae in fraudem creditorum* 42, 8, L. pen. Cod. *de revocandis his quae in fraudem creditorum* 7,75 (1).

ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI

§ 791. I diritti di obbligazione portano con sè il germe della estinzione, nascono per estinguersi dopo che àn soddisfatto al bisogno cui era diretto il rapporto giuridico che li costituì, senza che se ne abbia poi altra traccia. Codesto carattere manca a' diritti reali, e questa è la ragione per la quale i diritti reali dànno e i diritti di obbligazione non dànno luogo al possesso, come si è veduto al § 335 (2).

In origine i modi di estinzione erano quelli designati dalla legge civile. Se la obbligazione è un *vinculum juris*, non può altrimenti sciogliersi che secondo le regole dettate dal medesimo diritto civile. E così ad esempio, quando l'antico diritto avea ordinato in alcuni casi una forma solenne pel pagamento, non valeva pel debitore l'adempiervi in altro modo, e restava debitore. Ma vennero intro-

---

(1) Teoria uniforme, art. 1235. Ma il Codice aggiunge che in ogni caso la rivocazione dell'atto non produce effetto a danno dei terzi non partecipi della frode, i quali hanno acquistato diritto sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rivocazione. La ragione è che i terzi, che contrattano in buona fede coll'acquirente, non conoscono e non hanno facile mezzo di conoscere la frode intervenuta col medesimo. Essi non debbono sottostare alla conseguenza di un raggiro a cui sono affatto estranei.

(2) Per Codice Civile la teoria è uniforme. Vedi nota al medesimo § 335.

Digitized by Google

ducendosi, specialmente ad opera del Pretore, de' modi indiretti di estinzione, che avevan valore di estinguere, mediante la eccezione, il diritto tostochè si faceva valere con azione. Onde la massima *omnis obligatio aut ipso jure, aut per exceptionem tollitur*. Così, è un modo diretto il pagamento, è indiretto e per eccezione la prescrizione (1).

Essendo pei debitori di grande interesse la estinzione della propria obbligazione, non fa maraviglia che siensi escogitati per la liberazione di essi molti modi, i quali sono

1. Il pagamento (*solutio*).
2. L'offerta reale (*oblatio et consignatio*).
3. La novazione (*novatio*).
4. La compensazione (*compensatio*).
5. La confusione (*confusio*).
6. La perdita della cosa (*rei interitus*).
7. Il mutuo dissenso (*mutuus dissensus*).
8. La remissione del debito (*acceptilatio*, *pactum de non petendo*) (2).

Oltre a tali modi v'ànno — 1° l'azione di nullità e rescissione (*restitutio in integrum*) di cui si parlerà nelle azioni — 2° il concorso di due cause lucrative, (*duarum causarum lucrativarum in eandem rem et personam concursus*) di cui si è parlato a' § 639 e 673 — 3° il termine finale, (*obligatio ad diem*) di cui si è detto abbastanza al § 317 — 4° la condizione risolutiva (*obligatio pura quae sud conditione resolvitur*), esposta al § 314 — 5° la prescrizione (*praescriptio*) di cui a' § 422 e seguenti (3).

Pagamento (*solutio*).

§ 792. Il pagamento è il primo tra i modi di estinzione delle obbligazioni , perchè con esso si dà la reale soddisfazione all'interesse del creditore e finisce il rapporto di diritto che per tale interesse ebbe vita. Onde la definizione del pagamento è — *vera praestatio ejus quod debetur* Fr. 176 *de verborum significatione* 50, 16, cioè la prestazione esatta di ciò che formò oggetto della obbligazione (4).

---

(1) Anche oggi per qualche caso e principalmente per la prescrizione, può ritenersi la distinzione tra i modi di estinguere le obbligazioni *ipso jure aut ope exceptionis*, art. 1236 e 2109.

(2) Questi modi sono anche riconosciuti dal Codice Civile. Veggansi le seguenti note.

(3) Questi modi sono anche riconosciuti dal Codice Civile. Veggansi le note apposte in tali §.

(4) Teoria uniforme , e in tale ampio senso deve prendersi la parola *pagamento* per Codice Civile, art. 1237 e seguenti Codice Civile.

Digitized by Google

Dovendosi fare un pagamento, dov'esservi chi lo fa, chi lo riceve, e la cosa che si dà. Fermiamoci innanzi tutto sopra questi tre punti.

§ 793. Chiunque può fare un pagamento, cioè lo può non solo il debitore, o chi è interessato alla estinzione del debito, come ad esempio per una ipoteca, per una fideiussione ec., ma può farlo anche un terzo affatto estraneo, sia pure ad insaputa o contro la volontà del debitore. La ragione è che questi mancherebbe d' interesse ad impedire un atto a lui vantaggioso. Fr. 23 e 40 *de solutionibus* 46, 3; Fr. 39 *de negotiis gestis* 3, 5. Si eccettua soltanto l'obbligazione di fare quando dalle circostanze risulti che debba adempirvisi personalmente dall' obbligato, *quia inter artifices longa differentia est et ingenii, et naturae, et doctrinae, et institutionis* Fr. 31 de *solutionibus* 46, 3 (1).

Per altro se a tutti è dato di pagare, chi paga deve avere la capacità di alienare ciò che dà in pagamento, e se tale capacità gli manchi egli può ripetere ciò che à pagato. Se non che non ostante la incapacità di chi paga, se si è dato in pagamento danaro o cosa che si consumi con l'uso, e il creditore l'abbia ricevuto e consumato in buona fede, la ripetizione è vietata, e il debitore resta liberato Fr. 14 § 8 *de solutionibus* 43, 1. La ragione è che ne'casi ordinarii pagano i debitori, e non i terzi estranei, e ne' debitori sta sempre la obbligazione almeno naturale, e la ripetizione oltrechè sarebbe oltraggiosa alla buona fede del creditore, produrrebbe per la cosa già consumata un circolo vizioso perchè si ripeterebbe ciò che l' incapace dovrebbe subito restituire con l'intervento di chi integra la sua incapacità (2).

Ma se tutti possono pagare, non tutti restano surrogati ne'diritti del creditore. È questo un punto alquanto intrigato, e del quale giova avere idea netta.

Se un terzo paghi pel debitore, e si tratti di debito sopra cui vi sieno ragioni di privilegii od ipoteche, si osservano le norme già da noi esposte al regime ipotecario nel § 541.

Quando non vi siano privilegii od ipoteche, può accadere che il terzo che fa il pagamento, sia obbligato con lo stesso debitore, come ad esempio pe'debiti correali e solidali; ovvero sia obbligato non con lui, ma per lui, come ad esempio è pe' fideiussori; ovvero sia totalmente estraneo al debito. Or per la surrogazione nella correalità e solidalità si è parlato al § 760; per la surrogazione nella fi-

(1) Teoria uniforme, art. 1238 e 1239.
(2) Teoria nniforme, art. 1240 capoverso.

Digitized by Google

deiussione si è tenuto parola al § 773, onde resta a discorrere della surrogazione che possa avere il terzo estraneo al debito.

Se questi, pagando il creditore, siasi da lui fatto surrogare nelle ragioni creditorie, è posto in luogo di lui, perchè mediante la convenzione il credito passa dall'uno all' altro. Ma quando tale cessione manchi, bisogna distinguere se il terzo abbia pagato col consenso del debitore , ovvero ad insaputa di lui, o contro la di lui volontà.

Essendovi il consenso del debitore pel pagamento che per lui fa un terzo, v'à un incarico che il debitore dà al terzo affichè paghi in sua vece, onde chi à pagato à diritto ad esserne rivalutato con l'*actio mandati contraria*.

Non sapendo il debitore che il terzo paga per lui, si à una gestione di negozii , avendo il terzo ad insaputa del debitore fattogli il vantaggio di pagargli il debito, onde chi paga à diritto a farsene rivalutare da lui , e gli si dà *l' actio negotiorum gestorum*.

Finalmente se a dispetto del debitore, il quale non vuole che per lui altri paghi , questi faccia il pagamento al creditore, avrà diritto a pretendere dal debitore tanto, quanto gli tornò utile, ed agirà con l' *actio de in rem verso*, non potendo alcuno arricchirsi a danno altrui.

Ma si avverta che se mai il terzo , il quale paghi ad insaputa o contro il volere del debitore, lo avesse fatto per spirito di liberalità (*animo donandi*), egli non avrebbe più diritto alcuno contro il debitore medesimo (1).

§ 794. Vedutosi chi può pagare, dobbiamo conoscere a chi può pagarsi.

È certo che il pagamento va fatto al creditore, ma questi deve avere la capacità di ricevere, e l'à quando è capace di alienare il credito, il quale col pagamento resta estinto e perduto. Fr. 5 pr. *de solutionibus* 46, 3; § 2. Inst. *quibus alienare licet vel non* 2, 8 (2).

E quando il debitore paghi ad un incapace, non resta liberato, e deve pagare una seconda volta, purchè la cosa pagata non siasi rivolta in vantaggio del creditore, come ad esempio se l'incapace col danaro datogli dal debitore abbia estinto un qualche suo debito. Sarebbe pur valido il pagamento fatto all'incapace, se, dopo divenuto capace, avesse rettificato il pagamento.

Il debitore di un incapace deve pagare con l' intervento od auto-

---

(1) Per Codice Civile la teoria è uniforme. Per la surrogazione convenzionale veggasi art. 1252. Pel mandato art. 1753. Per la gestione dei negozi, art. 1144. Per l'utile versione, arg. art. 1140, 1145 e 1243. Per la donazione, art. 1050

(2) Teoria uniforme, art. 1243, 1241 cap. e 1307.

Digitized by Google

rità di coloro che integrano la personalità di lui. Fr. 15 e 96 *de solutionibus* 46, 3; § 2. Inst. *Quibus alienare licet vel non* 2, 8. (1).

Può anche farsi il pagamento a chi è incaricato dal debitore di riceverlo, o a chi fu nella convenzione indicato come abile a riscuoterlo (*adjectus solutionis gratia*), perchè nel primo caso si avrebbe il mandato, e nel secondo la convenzione delle parti. Fr. 12 pr. e § 1, 3, e 4, e fr. 86 e 106 *de solutionibus* 46, 3; Fr. 11 § 5 *de pignoratitia actione* 13, 7 (2).

§ 795. Vedutosi da chi e a chi può farsi il pagamento dobbiamo discorrere della cosa che si dà in pagamento.

In generale il debitore deve dare ciò che forma oggetto dell'obbligazione, e, se trattisi di cosa generica, come ad esempio un cavallo, deve darne una *mediae aestimationis*. Fr. 176 *de verborum significatione* 50, 16, arg. Fr. 37 pr. e 110 *de legatis* 30, 1 L. 3. § 1, Cod. *communia de legatis* 6, 43, Fr. 33. § 1, e Fr. 72 § 5, *de solutionibus* 46, 3 (3).

È vietato al debitore di dare in pagamento una cosa diversa, quand'anche fosse di maggior valore di quella ch'egli deve: *aliud pro alio, invito creditore, solvi non potest*. Fr. 1 *de rebus creditis* 12, 1. Ma non è vietato al creditore di ricevere una diversa cosa, e consentire col debitore che questi gli dia una cosa in luogo di un altra; e in questo caso si à la *datio in solutum* cioè la consegna di una cosa in pagamento di un altra che il debitore doveva. Codesta *datio in solutum*, che ha la forza di estinguere la obbligazione, contiene una vendita o una permuta secondochè il debitore dovea danaro o cosa diversa; perciocchè se il debitore dovea danaro, questo rappresenta il prezzo della cosa che il creditore riceve in pagamento; e se il debitore dovea altra cosa, questa rappresenta ciò che si dà in cambio d' un altra. Nondimeno se il creditore soffra poi la evizione totale o parziale della cosa ricevuta in luogo del pagamento, può rivolgersi al debitore per esser pagato, perchè non può dirsi estinta la prima obbligazione, tostochè la cosa data è stata tolta in tutto o in parte fr. 46 *de solutionibus* 46, 3. Veggasi Arndts Pandette § 222 (4). V'è poi un altra specie di *datio in solutum* per l'ag-

(1) Teoria uniforme, art. 1243, ed arg. 1241.

(2) Teoria uniforme, art. 1741 Cod. Civile, e art. 196 Cod. Commerciale.

(3) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 2237, 1245, e 1248.

(4) Teoria uniforme. Di vero che il debitore non possa dare cosa diversa, lo dice l'art. 1245. Che la *datio in solutum* costituisca, secondo i casi, una vendita o una permuta, si raccoglie per argomento dagli art. 1245, 1447, e 1549. Che sofferta la evizione totale o parziale, il creditore abbia diritto ad esser pagato dell'antico debito, si à per argomento dagli art. 1245 e 1246, perchè sempre per pagamento si è data la cosa, e se questo non avviene integralmente il debitore non è liberato.

Digitized by Google

giudicazione de' beni del debitore, esposti in vendita, senza che avessero trovato compratori. In tal caso il creditore dovea prenderseli a giusta stima in estinzione del debito (1).

Però in quanto all' oggetto, il debitore avea per diritto romano due beneficii. Il primo era il così detto *beneficium competentiae*, per lo quale egli potea dar di meno, e per quanto comportavano le sue forze, affinchè non restasse assolutamente privo di sostanze e gli rimanesse tanto da potere campar la vita. Era però tale beneficio strettamente personale, e dato in considerazione della persona, e così per parentela fino al secondo grado, per gratitudine verso i donanti, e per milizia § 37 Inst. *de actionibus* 4, 6; fr. 29 e 30 *de re judicata* 42, 1; fr. 173 *de regulis juris* 50, 17. Il secondo beneficio era chiamato *cessio bonorum* per la quale il debitore sventurato e di buona fede poteva cedere a' creditori quanto avea, e restava liberato dalle sue obbligazioni fr. 4 *de cessione bonorum* 42, 3. Codesti due beneficii eran diretti principalmente ad evitare l'arresto del debitore, il quale però restava sempre obbligato a pagar l' intero, se mai avesse in seguito avuto altri beni (2).

Inoltre la cosa dovuta deve darsi integralmente, e non può il creditore essere costretto a prenderla in parte, *quia saepe exactio partium non minima incommoda habet* fr. 3 pr. *familiae erciscundae* 10.2 (3). E il pagamento deve farsi nel luogo convenuto espressamente o anche tacitamente secondo la natura della prestazione § 5 Inst. *de verborum obligationibus* 3, 16; § 33 Inst. *de actionibus* 4, 6; fr. 9 *de eo quod certo loco* 13, 4. — Non essendovi luogo stabilito per contratto, il pagamento si fa presso il debitore, a cui deve darsi il minore incomodo fr. 47 *de legatis* 10, 1. Ma se mai trattasi di corpo determinato, e non sia designato alcun luogo, il pagamento si deve fare nel luogo in cui esiste la cosa, come ad esempio se io ò venduto ad un mercante il vino della mia vendemmia, o l' uva che nascerà dalla mia vigna, il compratore deve pagare nel cellajo dove sta il vino, o nella vigna dove sta l' uva, e portare colà i suoi carri e prendersi il vino o l'uva venduta fr. 47 § 1 *de legatis* 10, 1 (4).

§ 796. Rimane ora a parlare degli effetti del pagamento.

---

(1) Pel vigente Codice di Procedura Civile è vietata l'aggiudicazione forzosa meno per gli oggetti d'oro e d'argento, perchè questi hanno un valore intrinseco, art. 643 e 675 Cod. pr. civ.

(2) Per Codice Civile non è riconosciuto nè l'uno nè l'altro beneficio. La durezza dimostrata à una spiegazione nell' essersi pria molto ristretto e poi abolito l'arresto personale per debiti.

(3) Teoria uniforme, art. 1246.

(4) Teoria uniforme art. 1249.

Digitized by Google

Il primo è che estingue il debito e tutti gli accessorii, come fideiussioni, ipoteehe ec. fr. 46 *de solutionibus* 46. 3 (1).

Il secondo è per la imputazione de' pagamenti laddove i debiti abbiano interessi, ovvero sianvi più debiti.

Di regola la scelta della imputazione spetta al debitore, il quale però non può imputare al capitale quando abbia interessi da pagare fr. 1 e 5 § 2 *de solutionibus.*

Se il debitore non sceglie, spetta al creditore il diritto di scelta nella imputazione, ma deve dichiararlo al debitore nel momento del pagamento fr. 1, 2, e 3 *de sotutionibus* 46, 3.

Se non scelgono nè creditore nè debitore, il pagamento s'imputa a' debiti scaduti fr. 1 e 3 § 1, e fr. 103 *de solutionibus* 46, 3. Ma se tutti i debiti sono scaduti, la imputazione si fa sopra il debito più oneroso, come ad esempio sopra quello per lo quale si fossero pattuiti maggiori interessi fr. 5 *de solutionibus* 46, 3. Che se tutti sono onerosi allo stesso modo, la imputazione va fatta al debito più antico fr. 5 pr. fr. 24, 97 e 102 § 2 *de solutionibus* 46. 3. E se tutti rimontino allo stesso tempo, la imputazione si fa *pro rata*, fr. 8 *de solutionibus* 46, 3 (2).

Offerta reale e deposito (*oblatio et consignatio*).

§ 796. È questo un modo sussidiario di pagamento quando il creditore rifiuti di ricevere la cosa che il debitore gli deve, e consiste nella offerta della cosa medesima e nel deposito di essa. Onde la definizione è — *modus quo obligatio tollitur, si debitor totam summam justo tempore et loco oblatam, et a creditore non receptam, in iudicio, citata altera parte, obsignat et deponit.* — Cioè è un modo di sciogliere la obbligazione, per cui il debitore offre la cosa nel tempo e luogo dovuto al creditore, e, laddove questi la rifiuti, lo cita e ne fa il deposito nel luogo indicato dalla legge o dal giudice (3).

§ 797. Ora per prima il debitore deve offrire tutto quanto deve, senza che manchi cosa alcuna nè anche per interessi e spese. E quando il creditore l'abbia rifiutato, il debitore deve farne deposito, e citarlo. Ma la offerta dev'esser fatta nel giusto tempo, cioè quando siasi verificata la condizione o sia scaduto il termine stipulato a vantaggio del creditore, e nel luogo convenuto per il pagamento o alla

(1) Teoria uniforme, arg. art. 1236, 1898, 1925, 1878, 1888, 1964, e 2029.

(2) Per Codice Civile la teoria è uniforme, e soltanto se non sceglie il debitore, per la scelta del creditore fa stato la quietanza. Art. 1255 a 1258.

(3) Per Codice Civile si può ritenere tale definizione a base degli art. 1259 e seguenti.

Digitized by Google

persona del creditore medesimo. S'intende sempre che il debitore, il quale fa l'offerta, deve avere la capacità di pagare, e che l'offerta sia fatta al creditore che abbia la capacità di ricevere o a chi integra la sua personalità secondo che si è precisato nella teoria del pagamento a' § 792 e 793, fr. 19 Cod. *de usuris* 4, 32; L. 9 Cod. *de solutionibus* 8, 43; fr. 5 *de statu liberis* 40, 7 (1).

§ 797. Tanto la offerta quanto il deposito producono degli effetti che bisogna ben precisare.

La sola offerta legalmente fatta produce l'effetto che dal momento di essa il debitore non è in mora, sempre quando faccia poi seguire il deposito, e la cosa perciò dal momento dell'offerta passa a rischio del creditore, cosicchè se essa perisse nell'intervallo tra l'offerta ed il deposito non seguito precisamente pel caso che à dato luogo alla perdita, questa va a danno del creditore stesso. La ragione è che costui è in mora a ricevere, e chi è in mora è in colpa, e chi è in colpa risente del danno, fr. 39 e 72 *de solutionibus* 46, 3; fr. 73, § ult. *de verborum obligationibus* 45, 1. Veggasi Voet al titolo *de solutionibus* n. 28 (2).

L'offerta e il deposito non solo fan passare il rischio della cosa al creditore, ma estinguono la obbligazione e gli accessori perchè equivalgono al pagamento, e il creditore ne paga le spese fr. 1, § 3 e fr. 7 *de usuris* 22, 1; L. 9 Cod. *de usuris* 4, 12; L. 9 Cod. *de solutionibus* 8, 43 (3).

Ma si avverta che sebbene le differenze tra il debitore ed il creditore intorno alla offerta, e che àn dato origine al rifiuto del creditore, debbano formare oggetto di giudizio e di sentenza del Magistrato, pure la estinzione del debito ed accessorii si ànno in forza del deposito giustamente fatto, perchè da quel momento il debitore si è privato del possesso della cosa che doveva. La sentenza poste-

---

(1) Teoria uniforme, art. 1259, 1260, e 1261 Cod. Civile, art. 902 e seguenti, Cod. proc. civ.

(2) Checchè sostengano in contrario gl'interpreti del Diritto Civile Italiano e Francese, sembra che questa sia anche oggi la teoria vigente e a base degli art. 1219 e 1298. Il Codice Italiano nell'art. 1259 e il francese nell'art. 1257 fanno l'ipotesi del deposito senza che si occupino dell'ipotesi dell'offerta. Or valutando questa pei principî relativi alla mora e alla perdita della cosa, si vede che per gli art. 1219 e 1298 il rischio passa anche con l'offerta se il creditore ingiustamente si rifiuti, e il deposito non siasi potuto fare pel perimento sopraggiunto alla cosa indipendentemente dalla volontà del debitore. La ragione è semplicissima e sta nella colpa del creditore, il quale avrebbe dovuto prendersi la cosa offertagli, e ciò nonostante la rifiutò. È una mora a ricevere, e chi è in mora è in colpa.

(3) Teoria uniforme, art. 1259 capoverso, e 1262.

Digitized by Google

riore del Magistrato retroagisce perciò al giorno in cui la cosa venne depositata (1).

§ 798. Rimane ora a vedere se, dopo l'offerta ed il deposito, possa il debitore ritirare la cosa — Niun dubbio per l' affermativa perchè è massima di diritto che *invito dominium non acquiritur* — Ma tostochè il creditore abbia accettato, il debitore non può più ritirarla, perchè con l' accettazione il debito è rimasto estinto — Nè lo potrebbe se il Magistrato con la sua sentenza abbia dichiarata valida l'offerta, pechè ne' giudizii si contratta, e pel quasi contratto giudiziario la sentenza tiene il luogo di accettazione. Potrebbe ciò non ostante il debitore ritirare la cosa col consenso del creditore, mà questi perde le guarentigie del credito, mentre per l' avvenuta estinzione del debito ne sorgerebbe uno nuovo, per lo quale di regola non si mantengono le guarentigie primiere (2).

Novazione (*novatio*).

§ 799. La novazione *a novo nomen accipit et a nova obligatione* fr. 1. *de novationibus* 46, 2. Quando dunque una nuova obbligazione prende il luogo della prima, la quale resta estinta, si à la novazione, la quale è definita — *prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio fr. 1. eodem*, cioè la sostituzione di una obbligazione novella ad un' altra preesistente, senza che punto rilevi che la obbligazione nuova sia civile mentre la precedente era naturale o viceversa. E così se alcuno fa suo il debito di un minore, la obbligazione da naturale diviene civile; e se un minore fa sua la obbligazione di un maggiore il quale resti dal creditore liberato, la obbligazione da civile diviene naturale (3).

La novazione in largo senso è necessaria o volontaria — Necessaria si dice quella che accade per la contestazione della lite e pel contratto giudiziario: volontaria è l'altra che deriva dalla libera volontà dei contraenti. — Esaminiamole con qualche diligenza, essendo delicato l'argomento e di frequente applicazione nella vita pratica.

---

(1) Teoria uniforme, art. 1259 capoverso Codice Civile, e art. 909 Cod. proc. civile.

(2) Teoria uniforme art. 1263, 1264, 1265 e 1274.

(3) Teoria uniforme, art. 1267 e seguenti.

Digitized by Google

Novazione necessaria, cioè contestazione della lite e contratto giudiziario.

§ 800. La *contestazione della lite* consiste nella domanda proposta dall'attore e nella replica del convenuto: *narratio proposita et contradictio objecta* L. 14 Cod. *de judicis* 3. 1.

Il *contratto giudiziario* è un effetto della contestazione della lite, e consiste nel determinare il campo della quistione, nello stabilire il tema della controversia, e nel dare a ciascuno dei litiganti il vantaggio di trarre partito delle ricognizioni che fa l'avversario, ammettendo alcuna volta in parte, e tal altra anche in tutto, la domanda o la eccezione.

In ciò si vede nettamente il contratto, per lo quale le parti si abbandonano al giudizio del Magistrato pel tema stabilito da loro, e l'una parte accetta la ricognizione totale o parziale dell'altra. V'è in somma per riguardo al tema giuridico da decidersi, e alle ricognizioni fatte ed accettate l'accordo delle parti, che costituisce appunto il contratto, perchè vi è il *consensus in idem placitum.*

Il tema può essere ridotto con una parziale ricognizione del convenuto, e può essere invece ampliato con una domanda riconvenzionale, la quale a sua volta ammette pure una ricognizione totale o parziale dell'attore originario.

In ogni caso però il contratto giudiziario stabilisce fermamente il tema che il Giudice deve per intero esaurire *nec ultra vel citra.* Ed ecco perchè il Giureconsulto Ulpiano nel fr. 3. § 11. *de peculio* 15. 1, potè dire *sicut in stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi* — Vegggansi ancora il fr. 11. §. 1. *de novationibus* 46. 2; e i fr. 86 e 87 *de regulis juris* 50, 17.

Or il contratto giudiziario forma una novazione perchè l'azione spiegata, anche quando sia reale, dovendosi necessariamente promuovere contro una persona determinata, fa nascere fra questa e l'attore un rapporto da debitore a creditore, e perchè il giudicato poi eseguesi come quello che tiene il posto di contratto; onde dopo il giudicato tutte le azioni si scambiano in *actio judicati,* la quale è personale e dura trenta anni.

Il contratto giudiziario, e l'azione promossa in giudizio seguono le fasi e la sorte del giudizio stesso, e perciò durante il corso della lite non corre prescrizione anche quando la lite duri secoli, onde il principio — *omnes actiones quae morte aut tempore pereunt, in judicio semel inclusae salvae manent* Fr. 139 *de regulis juris* 50. 17. Ma dopo che il giudizio è terminato, la sentenza, la quale risente della natura contrattuale per forza del contratto giudiziario, si prescrive in trenta

Digitized by Google

anni. Ne vogliamo dare un' applicazione pratica. Prendiamo, ad esempio, gl'interessi. Questi prima del giudizio si prescrivono in cinque anni, ma durante il giudizio gl'interessi corrono e non vanno soggetti a prescrizione. Gl' interessi assegnati con la sentenza si prescrivono in trenta anni, e gli interessi posteriori al giudicato tornano a prescriversi in cinque anni. La vicenda che gl'interessi presentano è giustificata appunto dal contratto giudiziario. Col giudizio sorge tale contratto, il quale è definito con la sentenza. Onde durante il giudizio gl'interessi non possono essere arrestati. La sentenza assegna gl' interessi, ma perchè essa risente della natura del contratto giudiziario, cui à posto termine, gl'interessi assegnati non possono prescriversi se non con la sentenza stessa, cioè in trenta anni. Finito il giudizio, il contratto giudiziario à avuto termine, e ripiglia vigore la prescrizione ordinaria, cioè la quinquennale (1).

Basti così in un' opera elementare, qual'è questa, per la teoria relativa alla contestazione della lite e al contratto giudiziario; cioè alla novazione necessaria e passiamo alla novazione volontaria.

---

(1) La teoria della contestazione della lite e del contratto giudiziario vige tuttora ed esiste in tutta la sua forza per Codice e procedura, checchè dicano in contrario uomini che credono conoscere il diritto e non lo sanno, e checchè abbia stampato nella Temi Veneta il Senatore Deodati di Venezia, il quale in un articolo critieo di sentenza da noi resa in quella Città, sostenne che nè in Diritto Romano nè in diritto vigente la contestazione della lite e il contratto giudiziario sieno mai esistiti. Non è la prima volta ch'egli trova le tenebre colà dov'è luce meridiana, perchè in un' altra sua pubblicazione volle dimostrare che lo studio del diritto Romano, ch' egli crede opera non di uomini sapienti ma di uomini furbi, pervertisce la intelligenza del Diritto vigente!

Eppure tutti gli scrittori di diritto antichi e nuovi, tutte le raccolte di giurisprudenza antica e nuova, e di tutta Europa, parlano e della contestazione della lite e del contratto giudiziario.

Quì noi dobbiamo fermarci sul diritto vigente.

È vero che non v'è un articolo di Codice odierno, il quale tassativamente ne tratti, ma questa teoria sta nello spirito che informa il Codice e la Procedura, ne' principii regolatori del sistema di diritto e in materia penale e in materia civile, spirito e principii che gli uomini di corta mente non giungono mai ad afferrare.

Come può negarsi che nel dissenso e nel contrasto delle parti, sorga il loro accordo sul punto che si assoggetta alla sentenza del Giudice? Ma si dice che il contratto è un accordo, e le parti stanno sempre in dissaccordo innanzi al giudice, onde non è possibile il *consensus in idem placitum*. La risposta è facile, perciocchè l'accordo nel contratto giudiziario non significa volere le parti costituire tra loro un ordinario rapporto di diritto, ma significa invece delimitare il punto sopra cui il magistrato deve giudicare — Per tale delimitazione è anche mestieri di un accordo che nasce appunto dal dissenso, il quale dà luogo alla quistione che il Giudice deve risolvere con la sentenza di assoluzione o di condanna.

Digitized by Google

Novazione volontaria.

§ 801. Per bene apprendere la teoria della novazione volontaria, è d'uopo innanzi tutto conoscere il principio direttivo che ne anima la intera teoria.

Tale principio, di sua natura molto semplice, è che il contratto posteriore deve innovare il precedente, toccandolo nella sostanza e non negli accidenti.

La innovazione nella sostanza può accadere in varie guise—o perchè se ne varii soltanto la *causa civiliter obligans* cioè il titolo (vedi § 407 e 736), come ad esempio convertendo in deposito il denaro dato a mutuo, o il mutuo in deposito — o perchè se ne varii e il titolo e la prestazione, come ad esempio convertendo un mutuo ad interesse in una rendita vitalizia—o perchè se ne varii la sola prestazione, come ad esempio convertendo in una somma determinata di danaro una rendita costituita in derrate — o perchè si tocchino le modalità sostanziali del contratto, come ad esempio riducendo a pura e semplice una obbligazione condizionale, o viceversa.

Ma non si à novazione se il contratto precedente vien toccato nella sola parte accidentale ed accessoria. — Così non è novazione il patto

---

Or qual'è il momento in cui oggi si contesta la lite? Nelle materie penali è all'apertura della discussione pubblica, e dall'attrito della discussione sorge il contratto giudiziario il quale è perfetto quando la discussione è finita art. 268 e seguenti Codice di proc. penale; ed ecco perchè nelle Assise il Presidente deve dichiarare il dibattimento chiuso dopo le arringhe e dopo stabilite la quistioni e prima del riassunto, art. 498 riformato con Legge 8 Giugno 1874; ed ecco perchè la persona offesa può costituirsi parte civile fino a che sia terminato il dibattimento, art. 110 capov. 1 Codice proc. penale. Nelle materie civili, la contestazione della lite si à con lo scambio delle comparse nella procedura formale, e in udienza nella procedura sommaria; e il contratto giudiziario è perfetto quando non è più lecito alle parti di fare nuove istanze ed eccezioni, cioè nella procedura formale dopo rimasta ferma la iscrizione a ruolo art. 176 Cod. proc. civile, e nella procedura sommaria con la lettura delle conclusioni art. 350 e 390 detto Codice.

La teoria del contratto giudiziario poi sorge più limpida riguardando alle attribuzioai date alla Corte di Cassazione, che sta a salvaguardia della legge, e che deve annullare le sentenze quando queste non sieno esattamente corrispondenti al contratto giudiziario (*nec ultra nec citra*), ciòè nè per eccesso il quale si avrebbe pronunziandosi su cosa non dimandata o aggiudicandosi più di quello che era domandato, nè per difetto omettendosi di pronunziare sopra alcuno dei capi della domanda, art. 640 n. 1 e 3 Cod. di procedura penale, e art. 517 n. 4 5 e 6 cod. di proc. civile.

Crediamo aver detto quanto basti perchè i giovani abbiano una idea elementare e precisa della contestazione della lite e del contratto giudiziario, e degli articoli di legge da' quali per diritto vigente si dusume con tutta certezza.

Digitized by Google

posteriore di interessi, di guarentigie, di dilazione al pagamento concedendo un termine, ecc.

La obbligazione deve essere nuova come disse Ulpiano al fr. 1. *de novationibus* 46, 3, e non lo sarebbe se non fosse toccata la sostanza. Veggansi fr. 9, §. 9 *de rebus creditis* 12, 1; §. 44. Istit. *de rerum divisione* 2. 1, (1).

§ 802. Se non che la novazione può accadere *manente eodem creditore et debitore*, e può accader pure variando la persona del debitore o del creditore, cioè sostituendo un debitore nuovo o un creditore nuovo all'antico.

Cosicchè tre sono le possibili evoluzioni, cioè — 1. o si nova il debito e restano i medesimi antichi contraenti — 2. o si nova mutando il debitore — 3. o si nova mutando il creditore. Ecco perchè si dice che la novazione è subbiettiva ed obbiettiva. È subbiettiva quando si mutano i soggetti, cioè il creditore o il debitore. É obbiettiva quando restano i medesimi creditore o debitore, e si nova il debito ossia l'oggetto. Passiamo a rassegna le tre ipotesi.

1. Niente è a dire per la novazione che accada senza mutamento di persona, e soltanto deve tenersi presente che la novazione si avrà allora che col nuovo contratto si tocchi la sostanza del primo, come ora si è detto parlando del principio direttivo (2).

2. Mutandosi il debitore può avvenire che il mutamento accada o per consenso del debitore antico, del debitore nuovo, e del creditore, ovvero per consenso che ripassi soltanto tra il debitore nuovo e il creditore senza che vi abbia concorso il debitore antico, perciocchè, come si è detto al § 792, chiunque può pagare o promettere di pagare per altri, anche ad insaputa e contro il volere del debitore — Tanto nell' uno che nell' altro caso è necessario che il creditore dichiari di liberare il primo debitore, e di sostituire a lui il debitore novello, perchè se il creditore non dichiarasse di liberare il debitore antico non accadrebbe novazione, e si avrebbero invece due debitori della medesima cosa, cioè accadrebbe il costituto del debito altrui, di cui si è parlato al § 763.

E qui giova fare due avvertenze — 1. che la semplice sostituzione di un debitore all' altro costituisce novazione, senza che sia bisogno di variare la sostanza del contratto, perchè la novazione sta in se, riuscendo nuovo il contratto pel nuovo debitore — 2. che il nome generico di novazione cambia in parola diversa per distinguere i diversi casi, e così la novazione che si fa pel consenso del debitore

---

(1) Teoria uniforme, arg. art. 1267.

(2) Teoria uniforme art. 1267. n. 1.

Digitized by Google

antico, del debitore nuovo e del creditore prende il nome di *delegazione*, e la ragione è che il debitore antico ha delegato il nuovo; se la novazlone si fa senza il consenso dell' antico debitore, prende il nome di *espromissione*, perchè il nuovo debitore spontaneamente ha promesso ciò che doveva l' antico. Che se poi il debitore antico volesse far pagare il suo debito da un debitore nuovo, ma il creditore non intende liberare l' antico, in tal caso, come si è detto non v' ha novazione; ma si avrà una *indicazione*, se chi è stato indicato dal debitore, come quello che pagherà per lui, non ha assunto alcun obbligo verso il creditore, e si avrà il *costituto di un debito altrui*, quando invece siesi obbligato. Fr. 8. § 15, fr. 11, fr. 17 *de novationibus* 46. 2; fr. 7 § 8 *de dolo malo* 4, 3; fr. 8. § 8 *ad senatus Consultum Vellejanum* 16, 1; fr. 53 *de contrahenda emptione* 18, 1; L. 25 *Cod. de pactis* 2, 3 (1).

3. Resta ad esaminare la novazione che accada per mutamento del creditore — Qui bisogna porre attenzione di non confondere codesta terza specie di novazione con la cessione del credito. — Se Tizio è creditore di Caio, ed entrambi convengono con Sempronio che questi diverrà creditore in luogo di Tizio, la obbligazione non è innovata, ma evidentemente rimane la stessa, onde si ha la cessione di un credito che Tizio fa a Sempronio. — Per esservi novazione è mestieri di un doppio elemento, cioè — 1 che vi sia passaggio del debito dall' uno all' altro creditore, cosicchè il debitore resti liberato dal creditore primiero. — 2 che sia toccato la sostanza dell' obbligazione a norma del principio direttivo cennato d'innanzi.

Quando si è nei termini della novazione, pel concorso di tali due elementi, essa prende anche il nome di *delegazione* perchè il creditore delega ad un altro il suo credito — Se poi il creditore senza liberare il suo debitore abbia convenuto che altri riceva per lui, non v' è novazione perchè mancano gli estremi ora indicati, e si ha invece una *indicazione*. L. 1 e 3. Cod. *de novationibus*, 8, 42; L. 2, Cod. *de obligationibus et actionibus* 4, 10 (2).

§ 803. Che se il debito era puro, e la novazione è fatta sotto condizione, la novazione varrà soltanto allora che la condizione siasi adempiuta, e quando non potesse adempiersi, sussiste l' antico debito. Fr. 8 e 14 *de novationibus* 46, 2 (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1267 n. 2, 1270, 1271, e 1273.

(2) Teoria uniforme art. 1267 n. 3, 1273 capoverso, e 1278.

(3) Teoria uniforme arg. 1157, 1158, 1163, 1164, 1170, 1976 e 2120. Vedi la nota al § 756. Anzi il Codice ne fa un' applicazione nella materia della solidalità e della fideiussione, e dichiara nell' ultimo capoverso dell' art. 2177 che se il creditore novando il credito con uno de' debitori solidali esige l' adesione

Digitized by Google

§ 804. Ad ogni modo però le condizioni per la efficacia di qualunque novazione sono tre:

1. Volontà di novare, la quale deve risultar chiara sia espressamente sia tacitamente, senza che si ammettano presunzioni. — In altri termini si ammette la volontà espressa e tacita, e non la presunta fr. 17 *de novationibus* 46, 2; L. 8 Cod. *de novationibus* 8, 42. In che consistano le presunzioni, si vedrà nella materia probatoria (1).

2. Capacità di novare nel debitore e nel creditore — Cioè il debitore deve avere la capacità di obbligarsi, e il creditore quella di rinunciare ad un diritto. Fr. 5 e fr. 20 § 1. *de novationibus* 46, 2 (2).

3. Una obbligazione antica suscettibile di novazione, ed una nuova da cui quella viene sostituita — La ragione è che, giusta il principio direttivo, sempre con la novazione deve esser toccata la sostanza della obbligazione, e perciò la prima obbligazione dev' essere suscettibile di novazione, ciò che non si avrebbe, ad esempio, nella dote (3).

§ 805. L'effetto della novazione è di estinguere il debito antico e dar vita al novello, onde segue che col debito antico restano anche estinti tutti gli accessorii come pegni, fideiussioni, interessi, clausola penale ecc. fr. 15, 18, e 30 *de novationibus* 46,2 (4).

Segue del pari che la novazione fatta tra il creditore ed uno dei debitori in solido libera tutti gli altri condebitori, perchè quell' uno dovea l'intero, e la novazione à distrutto il debito precedente; e la novazione fatta tra uno de'creditori in solido e il debitore, libera costui perchè ciascuno de'creditori solidali potendo esiger l'intero, può anche novare il debito fr. 31 § 1 *de novationibus* 46.2; fr. 13 § 12 *de acceptilatione* 46. 4 (5).

---

degli altri condebitori, ovvero se il creditore novando il credito per lo quale sianvi fideiussori esige l' adesione di costoro, e gli altri condebitori o fideiussori ricusino di aderire alla nuova convenzione, sussiste il credito anteriore — E la ragione è che il creditore avrebbe sottoposto la novazione alla condizione che vi avessero aderito e si fossero obbligati gli altri condebitori solidali o i fideiussori, onde mancando l' adozione viene a mancare la condizione, e perciò resta in vita il credito primiero.

(1) Teoria uniforme, art. 1269.

(2) Teoria uniforme, art. 1268.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 1267.

(4) Teoria uniforme arg. art. 1267, 1274, 1275, 1276, e 1277.

(5) Il Cod. Civile per la novazione fatta tra il creditore ed uno de'debitori in solido segue la teoria romana, cioè libera tutti gli altri condebitori, art. 1277; ma viceversa per la novazione fatta tra il debitore ed uno de'creditori solidali non segue il diritto romano, e invece fa valer la novazione per la sola parte relativa al creditore che à novato arg. art. 1185 capoverso e 1277. La ragione di tale differenza è che, come abbiamo detto in nota al § 758, oggi il creditore solidale è ritenuto relativamente agli altri creditori solidali come mandatario ad esigere, per lo che à facoltà di estinguere il debito soltanto per pagamento.

Digitized by Google

Se non che con la novazione cadono i pegni (cioè i pegni propriamente detti, i privilegii e le ipoteche), ma non è vietato al creditore di consentire col debitore che codeste guarentigie si mantengano ferme anche per la nuova convenzione. E se mai ciò accada, cioè se il creditore e il debitore convengano che pel nuovo debito sussistano i pegni e le ipoteche primiere, tali guarentigie conservano l'antica loro priorità, come se novazione non fosse accaduta, non avendo i terzi a dolersi che il creditore abbia intatto il suo diritto di preferenza, essendo per loro indifferente che siesi mutata la causa o l' oggetto della obbligazione tostochè questa regge sempre fr. 11, § 1 *de pignoratitia actione* 13.7; fr. 3 e fr. 12 § 5 *qui potiores in pignore* 20.4 (1).

§ 806. Altro effetto della novazione è che quando il creditore à liberato il primo debitore ed accettato in delegazione un secondo, non potrebbe senza una espressa convenzione rivolgersi al primo se il secondo si trovi non solvente, e la ragione è sempre la estinzione del primo debito operata mediante la novazione—L. 5 Cod. *de novationibus* 8 42 (2).

---

(1) Il Codice Civile è più largo del Diritto romano, perchè nell'art. 1274 dice che i privilegii e le ipoteche del credito anteriore passano nel credito novello, se il creditore ne à fatto espressa riserva. Non vi è dunque necessità di consenso del debitore—Ma si avverta che i privilegii e le ipoteche riservate a garenzia del nuovo credito ànno efficacia contro i terzi soltanto per la somma determinata pel credito anteriore.

Se poi la novazione è subbiettiva, cioè accada pel mutamento del debitore o del creditore, i privilegii e le ipoteche non possono di regola conservarsi, perchè si tratta di subbietti novelli pe'quali è necessaria una nuova convenzione la quale prende la data corrente, art. ed arg. art. 1275 e 1276. Per altro il Codice dichiara che se la novazione è fatta tra il creditore ed uno de' debitori in solido, il creditore può riservarsi i privilegii e le ipoteche soltanto sui beni di quello che contrae il nuovo debito, art. 1276. La ragione è che il debitore in solido che à novato, si trova precisamente nella ipotesi della novazione obbiettiva, cui il Codice provvede (come ora abbiamo veduto) con l' art. 1274, e il creditore deve contentarsi della sola ipoteca che esisteva pel primo debito a carico de'beni di quel debitore solidale che à novato, senza che questi possa estenderla ad altri beni se non prendendo per essi la data corrente della iscrizione.

(2) Teoria uniforme, art. 1272. Ma il Codice aggiunge che il creditore avrebbe diritto di rivolgersi contro il primo debitore se il secondo che fu delegato non fosse già in istato di non solvenza o di fallimento al momento della novazione, e la ragione è che il primo debitore delegante d'ordinario conosce bene la condizione del secondo debitore delegato, perchè quest'ultimo doveva aver delle obbligazioni verso di lui dal momento che si accollava il suo debito. Altra ragione è che ordinariamente in tali casi v'è la frode del debitore delegante, e la ignoranza o l'errore del creditore, perchè i debitori cercano sempre di sba-

Digitized by Google

Compensazione (*compensatio*)

§ 807. La compensazione è definita *debiti et crediti inter se contributio* fr. 1 *de compensationibus* 16, 2, vale a dire è la imputazione che reciprocamente le parti si fanno di quanto l'una deve all'altra. È questo un istituto di diritto de' più equi — Se il creditore dovesse per una qualunque circostanza dar tanto al suo debitore per quanto questi deve a lui, i due debiti si distruggerebbero; se ne dovesse in meno, il credito di lui sarebbe distrutto in parte; se ne doverse in più, non solo si distruggerebbe il credito, ma egli a sua volta diverrebbe debitore — Perchè obbligare alcuno al pagamento quando egli a sua volta è divenuto per altra ragione creditore del suo creditore? Si compensano le partite, e si vede ciò che resta.

Questa teoria poggia sopra due principii generali, cioè — 1 È interesse comune delle parti di ritenere ciò che esse reciprocamente si debbono, anzi che pagare e farne poi ripetizione: *interest nostra potius non solvere quam solutum repetere* fr. 3 *de compensationibus* 16, 2; *dolo facit qui petit quod redditurus est* fr. 8 *de dolo malo* 4, 3 — 2. La compensazione tiene il luogo del pagamento fino alla somma concorrente: *compensatio solutioni aequiparatur* fr. 4 *qui potiores in pignore* 20, 4 (1).

§ 808. La compensazione è quella che opera di diritto, *ipso jure*, senza che sia necessaria l' istanza della parte. È la legge che ne prende pensiero, e agisce da se, cosicchè il Magistrato non fa che dichiarare la compensazione già verificata — Onde sorge il principio che la compensazione opera nel momento stesso in cui i due debiti cominciano a coesistere e anche ad insaputa delle parti — L. 4, Cod. *de compensationibus* 4 31 (2).

Per Diritto romano la compensazione era ristretta alle sole domande che derivavano dal medesimo atto giuridico ch' era di fondamento all' azione, ed a' soli giudizii di buona fede, ma di poi e specialmente a' tempi di Giustiniano, la compensazione venne am-

---

razzarsi dei debiti girandoli ad altri insolvibili e i creditori non consentono alla delegazione se non sono sicuri di essere pagati dal nuovo debitore delegato. Or quando la insolvibilità di costui era manifesta nel momento della delegazione, la legge concede al creditore il regresso contro il primo debitore, perchè suppone la scienza e la frode del debitore delegante, l' errore o la ignoranza del creditore.

(1) Teoria uniforme, art. 1285.

(2) Teoria uniforme. art. 1286.

Digitized by Google

messa anche quando la eccezione del convenuto muovesse da causa diversa, e si estese a tutti i giudizii sieno di buona fede che di stretto diritto, e si arrivò al punto di permettere che il convenuto potesse chiedere la condanna dell' attore se mai ciò che egli opponeva in compensazione eccedesse la somma a lui chiesta — L. 14 Cod. *de sententiis et interlocutionibus* 7, 45; L. 14 Cod. *de compensationibus* 4, 31 — Veggansi pure i § 30 e 39 delle Istituzioni Giustinianee al Titolo *de actionibus* 4, 6; e il Com. 4, § 61 delle Istituzioni di Gajo.

Qui conviene dilucidar bene le idee affinchè i giovani possano intenderle — Quando l' attore fa una domanda contro il convenuto, ad esempio pel pagamento di L. 1000 per fitto di casa, il convenuto può difendersi, o cercando con una eccezione d' isterilire l' azione, e così con la prescrizione; o chiedendo una compensazione per la stessa causa o per altra diversa: sarà per la stessa causa se il convenuto dicesse che l' attore locandogli la casa si era obbligato con clausola penale di L. 1000 di riattargli una stanza che non à riattata, sarà per causa diversa se il convenuto dicesse ch' egli è creditore a sua volta dell'attore di Lire mille mutuategli. Come si vede nell' un caso vi è la stessa causa, cioè la locazione, e nell'altro vi è causa diversa cioè il mutuo che verrebbe a compensarsi col prezzo della locazione — Se poi ne' medesimi due casi il convenuto dovesse avere una somma maggione di quella chiestagli dall' attore, e così ad esempio L. 1500 per la clausola penale o L. 1500 mutuate, il convenuto medesimo chiede le L. 500 in più, e allora la sua eccezione prende il nome di riconvenzione perchè non solo egli si difende ma colpisce l' avversario con una condanna — Tre cose diverse deggionsi perciò ravvisare nella difesa che fa il convenuto, cioè — 1 la *eccezione* per la quale egli mira ad isterilire l' azione — 2 la *compensazione* per la quale tende ad eliminare in tutto o in parte l' azione promossa contro di lui — 3 la *riconvenzione* per la quale egli è inteso non solo a raggiungere quest' ultimo scopo, ma anche a far condannare l' attore al pagamento della quantità eccedente (1).

In questo punto noi trattiamo della compensazione, ma per la chiara intelligenza di essa non abbiam potuto fare a meno di toccare della eccezione e della riconvenzione, le quali verranno diffusamente esposte a proprio luogo cioè nella materia delle azioni.

Or quando si avrà la compensazione? Le condizioni e i requisiti di questa sono ben determinati, ed è d' uopo strettamente attenervisi.

(1) Teoria uniforme, art. ed argom. art. 1285 Cod. Civile, e art. 100 Cod proc. civ.

Digitized by Google

Cinque sono gli estremi che debbono concorrere, cioè:

1. L' oggetto dei due crediti deve consistere in denaro o altra cosa fungibile e della stessa specie, onde non potrebbe compensarsi il denaro che deve l' uno col vino che deve l' altro, ovvero il vino che deve l' uno con l' olio che deve l' altro. § 38 Inst. *de actionibus* 4, 6; L. 4, e 6 Cod. *de compensationibus* 4, 31. E la ragione è che equivalendo la compensazione al pagamento (vedi § 807), questo non ammette che si possa dare cosa diversa se il creditore non la voglia; *aliud pro alio invito debitore solvi nequit* (vedi § 794) (1).

2. I due crediti debbono essere liquidi, cioè ne deve essere certa l' esistenza e determinata la quantità: perlocchè non sarebbe di esistenza certa il credito sottoposto ad una condizione, e se mai il credito opposto in compensazione non fosse determinabile prontamente, il Giudice riserva al debitore il diritto di farlo valere in altro giudizio, e pronuncia sulla domanda principale L. 14, § 1, *de compensationibus* 4, 31; § 30 Inst. *de actionibus* 4, 6. La ragione è che essendo incerta la esistenza di un credito non si presenta di uguale natura di fronte a un debito che presentemente esiste, e se la somma non è determinata non potrebbe mai fingersi un pagamento (2).

Ma se i crediti siano liquidi, e debbano pagarsi in luoghi diversi, deve tenersi a calcolo l' interesse che ciascuno à di esser pagato nel luogo per lui determinato — Fr. 15 *de compensationibus* 16 2 (3).

E se alcuno abbia più debiti da poter compensare, deve entrare in compensazione quel debito a cui si farebbe la imputazione se mai fosse estinto con pagamento perchè tiene luogo di questo la compensazione. Fr. 4, *de compensationibus* 16, 2 (4).

3. I due debiti debbono essere validi, cioè tali che non possano essere distrutti da una eccezione , e cosi non sarebbe valido il debito contratto per errore, dolo, ecc. fr. 14 *de compensationibus*, 16, 2, perciochè se uno dei debiti manchi della validità non è possibile compenso alcuno. Ciò non ostante il diritto romano ammetteva per la compensazione i debiti naturali fr. 6 *de compensationibus* 16, 2. La ragione era che trovava in essi la validità per diritto di natura (5).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1284.

(2) Teoria uniforme, art. 1287 Cod. Civ. e art. 102 Cod. proc. civ.

(3) Il Codice Civile dispone che quando i due debiti non sieno pagabili nello stesso luogo, non si può opporre la compensazione, se non computate le spese di trasporto al luogo del pagamento, art. 1292.

(4) Teoria uniforme, art. 1293.

(5) Pel codice civ. i due debiti debbono essere validi, senza che possa alcuno di essi essere distrutto da una eccezione arg. art. 1287. Inoltre il Codice non ammette in compensazione i debiti naturali, non avendo trovato sufficiente la validità per diritto di natura, quando non v'è quello per diritto civile arg. art. 1285 e 1287.

Digitized by Google

4. I due debiti debbono essere scaduti, perchè altrimenti non potrebbe domandarsene il pagamento, di cui la compensazione tiene il luogo. Fr. 7, pr. *de compensationibus* 16, 2 (1).

5. È mestieri vi siano due debitori personali e principali l' uno dell' altro. Se manca il rapporto personale tra loro non v' è il ligame che produce la compensazione, onde non potrebbe ad esempio un debitore dell' eredità accettata col beneficio dell' inventario pretendere di compensare il suo debito con un credito che ha verso l' erede beneficiato. Se manca il rapporto principale, non si può far valere il proprio diritto, e il debito non sarebbe esigibile, e così un creditore di un debito garentito da un fideiussore, se divenisse a sua volta debitore di costui non potrebbe opporre la compensazione, e molto meno il debitore principale può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fideiussore, perchè l' obbligo al pagamento è nel debitore medesimo. Viceversa e sempre per la stessa ragione il fideiussore può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fideiussore fr. 4, fr. 5, fr. 16 pr. fr. 18 § 1, e fr. 23 *de compensationibus* 16, 2 (2).

Nel concorso di tutti cinque questi requisiti la compensazione opera di diritto, e fino alla quantità concorrente nel momento stesso nel quale i due debiti si incontrano, come si è detto dinanzi. Onde la compensazione ha la sua efficacia anche quando sia incapace uno dei due creditori fr. 21 *de compensationibns* 16, 2 ovvero sia diversa la causa del debito, *Paulli sententiae* 2, 5, § 3 e dal momento della compensazione cessano del tutto o si riducono proporzionalmente gli interessi e gli accessorii, come le fideiussioni, ecc. Fr. 11 e 12 *de compensationibus* 16, 2; L. 4, Cod. *de compensationibus* 4, 31 (3).

V' hanno però quattro eccezioni.

1. Per lo spoglio, non potendo colui che l' ha commesso pretendere di compensare ciò che ha tolto, con un credito che abbia verso lo spogliato, e la ragione è che la legge deve sempre reprimere la violenza. L. 14 § 2, Cod. *de compensationibus* 4, 34 (4).

2. Pel deposito, non potendo tollerarsi che il depositario alla cui fede il deponente si è abbandonato tradisca la fiducia di costui, e si rifiuti alla restituzione per qualche suo credito. L. 11. Cod. *de compensationibus* 4.34. (5).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1287.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 1285 e 1290.

(3) Teoria uniforme, art. ed argom. art. 1286, 1289, 1290, e 1927.

(4) Teoria uniforme, art. 1289 n. 1

(5) Teoria uniforme, e il Codice vi aggiunge anche la cosa data in comodato, art. 1289 n. 2.

Digitized by Google

3. Per gli alimenti, perchè questi si danno *ne homo pereat*, e quante volte il debitore degli alimenti potesse opporre la compensazione di questi con qualche suo credito, perirebbe di fame colui che deve essere alimentato. L. 3. Cod. *de compensatinibus* 4.31. (1).

4. Per rinuncia, perchè ciascuno può rinunciare ai suoi diritti, e tra questi anche a quello della compensazione. L. penult. Cod. *de pactis* 2.3 (2).

Per altro, cotesti casi di eccezione per lo spoglio, pel deposito, e per gli alimenti sono dettati in favore dello spogliato, del deponente, e di colui che deve essere alimentato, ed essi perciò potrebbero rinunciare al beneficio della legge ed opporre la compensazione del loro credito col debito che ànno verso l'attore — È per loro una facoltà onde non opera di diritto e dal momento in cui i due crediti si sono incontrati, ma è necessario che la compensazione venga opposta ed à valore dal momento in cui la eccezione vien fatta (3).

Confusione (*Confusione*).

§ 809. La confusione si ha quando *obligatio debitoris et jus creditoris in eandem personam coalescunt.* fr. 75 e 107. *de solutionibus* 46.3.

Ordinariamente la confusione accade per le qualità che conferiscono le successioni ereditarie, e così se il creditore diviene erede del debitore, o viceversa, è impossibile l' esistenza ulteriore del credito e del debito, perchè niuno può essere creditore e debitore di sè stesso.

---

(1) Teoria uniforme, ma il Codice limita il divieto agli alimenti non soggetti a sequestro, art. 1289 n. 3, Cod. civ. Veggansi specialmente gli articoli 586, n. 3, 591 e 592 Cod. proc. civ.

(2) Teoria uniforme, art. 1289 n. 4.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 1289 — Ed ecco perchè a questa specie di compensazione si suol dare dagli scrittori il nome di *facoltativa.*

Inoltre il Codice si occupa del diritto de' terzi nella materia della compensazione. E fissa come massima nell'art. 1294 che, quando un terzo ha acquistato un diritto, la compensazione non à luogo, e prevede e risolve un caso pratico dichiarando che il debitore il quale divenne creditore dopo il sequestro fatto presso di lui da un terzo, non può opporre la compensazione a pregiudizio di chi ottenne il sequestro — E nell'art. 1295 stabilisce che se alcuno à pagato un debito, il quale era estinto di diritto in forza della compensazione, e poi propone il credito, non può in pregiudizio de'terzi, valersi de'privilegii, delle ipoteche o cauzioni annesse al suo credito: la ragione è che egli avrebbe pagato scientemente, cioè sapendo che vi era la compensazione, e non avendola opposta, si reputa ch'egli vi abbia rinunziato — Ma se mai codesta scienza gli fosse mancata, cioè se egli pagando avesse avuto un giusto motivo d'ignorare il credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito, (come ad esempio un testamento scoverto dopo il pagamento) in tal caso vi sarebbe stato errore, e i privilegii, le ipoteche, le cauzioni reggerebbero di fronte a' terzi.

Digitized by Google

Laonde nella incompatibilità di due qualità riunite in una stessa persona sta il concetto razionale di questa teoria, la quale è applicabile non solo ai creditori e debitori principali, ma ancora ai salidali ed ai fideiussori.

Il principio che domina in questa materia è che accadendo la confusione, si estingue l' obbligazione, e si estinguono gli accessorii, relativamente al punto, cui si restringe l'incompatibilità.

Facendone l'applicazione si trova che :

1. Se il debitore o il creditore divengono eredi l'uno dell'altro, ogni obbligazione, principale o acccessoria che sia, svanisce. fr. 38. § 1. *de fidejussoribus*. 46.1; fr. 34 § 1. fr. 71 *de solutionibus* 46. 3.

2. Se le qualità di creditore e di garante, reale o personale che sia, si riuniscano in una medesima persona, si estinguono le garanzie date, fr. 34 § 8 *de solutionibus*, 46.3; perchè niuno può far garenzia a sè medesimo.

3. Se si riuniscono le qualità di debitore e di garante, reale o personale che sia, resta ferma l'obbligazione principale, ed anche la garenzia reale, e svanisce soltanto la fideiussione, non potendo un debitore essere tale e fideiussore di sè stesso, fr. 71 *de fidejussoribus* 46.1.

4. Se un fideiussore succede ad un confideiussore, o se un debitore in solido succede ad altro debitore in solido, non v' ha confusione, ma si riuniscono in un solo le obbligazioni dell'uno e dell'altro. Fr. 5 e 21 § 1,*de fidejussoribus*. 46,1; fr. 13 *de duobus reis*. 45.2; fr. 9 *de solutionibus*. 46.3.

5. Divenendo un creditore erede di uno dei debitori solidali, o uno di costoro divenendo erede del creditore, si estingue la parte relativa alla qualità riunita; ma fatta tale deduzione, l'azione solidale sussiste fra gli altri condebitori, ai quali la confusione non tocca, argom. fr. 71 *de fidejussoribus* 46.1. Veggasi Voet, ad Pandectas. tit. *de solutionibus* n. 22. (1).

Perdita della cosa (*Rei interitus*).

§ 810. Tutte le obbligazioni consistono nel dare o nel fare (vedi § 730), e se mai accada che alcuno non possa più dare la cosa perchè è perita, ovvero se alcuno non possa più fare ciò che dovrebbe, la obbligazione si estingue, perchè *res incidit in eum casum, a quo incipere non poterat* fr. 140 *de verborum obligationibus* 45.1. — La ragione è che all'impossibile nessuno è tenuto: *impossibilium nulla obligatio est* fr. 185 e 188 *de regulis juris* 50.17 (2).

(1) Per Codice civ. la teoria è uniforme, art. 1296 e 1297.

(2) Teoria uniforme, art. 1226 e 1298

Digitized by Google

Null'altro dobbiamo dire per la obbligazione di fare — Ma la teoria è alquanto intrigata per quella di dare.

§ 811. Nella obbligazione di dare la impossibilità si verifica per la perdita della cosa, e la perdita si à in tre modi, cioè— 1 o perchè la cosa sia perita — 2 o perchè sia posta fuori commercio — 3 o perchè si smarrisca in modo che se ne ignori assolutamente la esistenza. Fr. 98. § 8, *de solutionibus* 46. 3 (1).

Ma si avverta che deve trattarsi di una specie, imperciocchè se mai obbietto del contratto fosse una cosa generica, non potrebbe per questa accadere perdita alcuna, onde la massima: *genus et quantitas nunquam perire intelliguntur*. Vedi § 311 (2).

Si avverta inoltre che la perdita anche di una specie (3) non estingue la obbligazione, e si converte invece in obbligo d'indennizzo — 1. se il debitore abbia assunto a sè il rischio del caso, perchè allora si avrebbe il patto che deve rispettarsi, fr. 13, § 5, *locati* 19.2; L. 1. Cod. *de commodato* 4.23 — 2 se il debitore abbia dato occasione al caso, perchè si avrebbe la colpa di lui (vedi § 310)—3 se il debitore sia in mora, perchè la mora costituisce colpa (vedi § 776) (4).

Ma quando anche il debitore fosse in mora, egli non sarebbe più tenuto ad indennizzo, e la obbligazione si estinguerebbe del tutto, se mai consegnando egli al creditore la cosa, questa sarebbe egualmente perita presso il creditore medesimo, fr. 47 § ult. *de legatis*, 30.1; fr. 14 § 1 *depositi*, 16. 3. fr. 12, § 4, *ad exhibendum*, 10.4; fr. 15, § ult. *de rei vindicatione*, 6.1. La ragione è che la mora del debitore non lo renderebbe obbligato se non a rappresentare i danni ed interessi arrecati dalla perdita della cosa dovuta, e perciò se il creditore non ebbe danno derivante dalla mora, non à diritto ad indennità (5).

Che se poi la cosa fosse perita in parte, si dovrebbe l'altra parte; onde, morta la metà di una greggia, si deve l'altra metà. E se fosse perito il principale si dovrebbe l'accessorio, e così morto il cavallo bardato si deve la bardatura. *Meum est quod ex re mea superest*, fr. 49 § 1, *de rei vindicatione* 6. 1. Veggasi Pothier, obbligazioni n. 633 (6).

E quando alla perdita della cosa sopravvivano delle azioni che ne

(1) Teoria uniforme, art. 1298.

(2) Teoria uniforme. Vedi note al § 311, specialmente perchè il Codice Civile adopera pel genere e per la specie un diverso linguaggio tecnico.

(3) Veggansi sempre le note al § 311 pel linguaggio tecnico odierno.

(4) Teoria uniforme, art. 1298 — Vedi note al § 310.

(5) Teoria uniforme, art. 1298.

(6) Teoria uniforme, arg. art. 436, 443 e 1298.

Digitized by Google

rappresentino il valore o una indennità, il debitore deve cederle al creditore. Fr. 18 *de dolo malo* 4.3 (1).

§ 812. Ma il debitore che per la impossibilità in cui si trova, resta liberato dall'obbligo di fare o di dare, non à diritto di avere il corrispettivo dal creditore, e se lo à avuto deve restituirglielo — La ragione è che per le obbligazioni di fare manca il fatto che darebbe ragione alla prestazione dall'altra parte, e per le obbligazioni di dare manca la tradizione senza la quale per diritto romano, meno casi eccezionali, il dominio non passava dall'uno altro contraente, come si è esposto al § 408 (2).

Mutuo dissenso (*mutuus dissensus*)

§ 813. Il mutuo dissenso era pe' Romani un modo di sciogliere soltanto le obbligazioni consensuali, perciocchè avendosi queste pel solo consenso (vedi § 736); niente era più naturale che discioglierle con consenso contrario — Onde la massima : *nihil tam naturale est eo genere quidque dissolvi quo colligatum est* fr. 35 e 100 *de regulis juris* 50, 17. E così, come vedremo or ora per l'accettilazione, questa ch' era fatta in modo verbale e con parole solenni, era propria per disciogliere i contratti consensuali.

Il mutuo dissenso è la estinzione della obbligazione per consenso contrario — Non è già che per disciogliere volontariamente una obbligazione, non bisognasse sempre il consenso, ma il solo consenso scambievole delle parti bastava per disciogliere soltanto i contratti consensuali — § ult. Inst. *quibus modis tollitur obligatio*. 3, 30.

Questo modo così semplice à d' importante il principio che può ammettersi estinzione per mutuo dissenso quando la obbligazione non à avuto esecuzione, *re adhuc integra* — § ult. Inst. *quibus modis tollitur obligatio* 3, 30 — Per lo che se si fosse la obbligazione eseguita, come ad esempio il venditore consegnando la cosa e il compratore pagandone il prezzo, un contrario volere delle parti per lo

(1) Per Codice Civile trasferendosi il dominio col solo consenso senza bisogno di tradizione (vedi § 408), pel passaggio de'diritti e delle azioni non v'è bisogno della cessione del debitore in caso di perdita della cosa, art. 1299.

(2) Per Codice Civile vi è grave differenza tra l'un caso e l'altro.

Per la impossibilità nella obbligazione di fare si segue la teoria romana, arg. art. 1119 e 1578 — Ma per la impossibilità nella obbligazione di dare, trasferendosi il dominio col solo consenso (vedi nota al § 408), il debitore resta liberato dal dovere che avrebbe di dare la cosa, ma à diritto al corrispettivo dall'altra parte — La ragione sta nella massima *res perit domino*, e il proprietario è sempre quello che à acquistato, e lo è dal momento stesso dell'acquisto, senza che sia intervenuta tradizione

Digitized by Google

quale esse tornassero allo stato primiero, costituirebbe una nuova obbligazione in senso contrario alla prima, e non già la estinzione della obbligazione primiera. L. 1, e 2, Cod. *quando liceat ab emptione discedere* 4, 25 — Di che segue che se vi è tassa fiscale pe' contratti, dovrebbe, in caso di mutuo dissenso, pagarsi una sola tassa se al contratto non fu data esecuzione, e pagarsi doppia se invece vi venne data (1).

Remissione del debito (*acceptilatio*, *pactum de non petendo*)

§ 814. L' *acceptilatio*, ed il *pactum de non petendo* sono due istituti affini, ma distinti, e giova discorrerne partitamente.

Acceptilatio

§ 815. I contratti per Diritto romano erano reali, verbali, letterali, e consensuali.

La forma volgare, quella più in uso, era la verbale per domanda e risposta — *spondes* — *spondeo* — con la designazione dell' oggetto del contratto. (Vedi § 736) Principio semplicissimo di estinzione è che niente v' à di più naturale, quanto lo estinguere le obbligazioni nel modo stesso con cui sono state contratte (vedi 813).

Onde la estinzione più propria dei contratti reali stava nel pagamento, cioè nella *vera praestatio ejus quod debetur*; pei contratti verbali costituiti con parole solenni, la forma più propria stava anche in parole solenni; — pei letterali nello scritto, e pei consensuali nel mutuo dissenso.

E perchè nella formazione dei contratti era prevalente la forma verbale, così anche la forma verbale dovea essere prevalente nella estinzione.

Onde l' istituto dell' accettilazione, la quale consisteva anche in una domanda, ed in una risposta solenne — *Quod ego tibi promisi habesne acceptum? Habeo acceptum* — L' etimologia è da *acceptum ferre*.

Codesto istituto si estese e divenne quasi assorbente per l' inven-

(1) Come abbiamo detto in nota al § 736 oggi i contratti si distinguono in consensuali, reali e letterali — Or pe' consensuali, regge perfettamente la teoria romana, art. 1123 capoverso — E regge anche il principio che se si scioglie per mutuo dissenso la convenzione, dopo che a questa si è data esecuzione, si à una convenzione nuova arg. art. 1098 1123 capoverso, e per conseguenza una tassa doppia — Anzi in pratica si vede che gli agenti di Finanza conoscono benissimo questo punto, e l' applicano con rigore.

Digitized by Google

zione fatta dal giureconsulto Aquilio Gallo, il quale pensò che con l' accettilazione potessero disciogliersi anche i contratti reali, letterali e consensuali, riducendoli prima a forma verbale, ed estinguendoli poi con l' accettilazione.

Dal momento che l' accettilazione era la forma più larga per la estinzione delle obbligazioni, essa poteva tener le veci di ricevuta nel pagamento, cioè di quietanza (*apocha*), valendo precisamente una ricevuta le parole *acceptum habeo;* potea tener le veci di una pura e semplice remissione di debito, cioè di una rinunzia gratuita che il creditore facesse al debitore con le medesime parole *acceptum habeo*; e potea contenere una remissione di debito a titolo oneroso, specialmente quando le parti, che avessero avuto tra loro reciproci e divergenti diritti, si fossero composte con una transazione, ciascuna di esse rimettendo all' altra il debito con le parole *acceptum habeo*, anzi sembra che a quest' ultimo oggetto fosse precipuamente rivolta l' accettilazione, perchè Modestino dicea che era una *liberatio per mutuam interrogationem* fr. 4, *de acceptilatione* 46, 4.

Inoltre l' accettilazione era forma verbale — E a somiglianza dei contratti verbali, che non potevano farsi tra assenti, la estinzione doveva pur farsi di persona.

Non ammetteva termine, nè condizione, sia per la solennità del modo di scioglimento, sia perchè il termine e la condizione venivano facilmente a mantener vive le liti che si volevano evitare con l' accettilazione, mediante la quale potea farsi anche una transazione. Fr. 4 e 5 *de acceptilatione* 46, 4.

Ma se era vietato di fare l' accettilazione a termine, o sotto condizione, non era vietato di estinguere con l' accettilazione una obbligazione a termine o sotto condizione, e soltanto per la natura stessa delle cose la estinzione si operava dopo che il termine fosse giunto, o si fosse verificata la condizione. Fr. 4, 5, 12, de acceptilatione 46, 14. Vedi Gotofredo in nota a tale frammento 12.

L' accettilazione è un' alienazione, onde può farla chi può alienare ed ha la libera amministrazione. Per lo che non possono farla gl'incapaci, come i pupilli e i prodighi. Fr. 13, § 10 *eodem*.

Ma gli incapaci possono ben profittare dell' accettilazione fatta in loro favore, essendo per loro claudicanti i contratti (vedi § 247.)

L' effetto dell' accettilazione era che estingueva assolutamente il debito con gli accessorii — Onde, fatta anche col solo fideiussore, era liberato pure il debitor principale, e cadeva l' obbligazione intera. Fr. 13, § 7 (1).

---

(1) Per Codice Civile i contratti verbali non sono stati ritenuti (vedi note

Digitized by Google

Pactum de non petendo

§ 816. Il *pactum de non petendo* era in Diritto Romano la remissione del debito, cioè la rinuncia che il creditore faceva de'suoi diritti — Costituendo tale rinuncia un patto nudo, avea la sola forza di eccezione fr. 27, § 2, *de pactis* 2, 14 (vedi § 736) (1).

Or è regola che chi à un diritto vi può rinunciare L. 29, Cod. *de pactis* 2, 3; e perciò la rinuncia o remissione del debito è uno de' modi di estinguere le obbligazioni (2).

La rinuncia è di tre specie, cioè — 1 gratuita ed onerosa — 2 reale e personale — 3 espressa, e presunta.

È gratuita quando il creditore non ha alcun corrispettivo pel debito che rimette — In tal caso non si ha una donazione, perchè è un atto negativo e non positivo, onde può farsi in qualunque forma secondo le regole generali dei contratti. Può anche farsi a forma di donazione, e può disporsi per testamento, nel quale easo si avrebbe il *legatum liberationis* di cui si è parlato al § 651. È onerosa, quando il creditore che rimette ha un corrispettivo specialmente per transazione che intervenga tra lui e il debitore, o per reciproea rimessione di qualche diritto che avessero a vicenda tutte e due le parti.

È reale quando la rinuncia si fa per l' intero debito. — È personale quando la rinunzia è fatta parzialmente a vantaggio di uno fra più obbligati.

È espressa quando si è chiaramente detto dal creditore, che rimette il debito. È presunta quando la legge trae da un fatto determinato la presunzione di rinunzia. Se tal presunzione non è fatta dallà legge, vale la massima *remissio non praesumitur*, cioè la rinun-

---

al § 736) e perciò la forza dell' accetilazione è mancata. Oggi il diritto si è semplificato, si son tolti i simboli e le solennità, e si chiamano le cose col loro vero nome. Onde, se si è fatta riuunzia gratuita, varrà come gratuita; se si è fatta a titolo oneroso, varrà come transazione o altra remissione per la quale siavi un corrispettivo; e se si è fatta una dichiarazione orale o scritta di pagamento, si avrà la prova della estinzione del debito, secondo le norme che verranno precisate nel sistema probatorio — Invece si è estesa la forza del *pactum de non petendo* — Veggansi le note al § seguente.

(1) Per Codice Civile la differenza tra patti e contratti è stata bandita (vedi nota al § 736) Onde la rimessione del debito, che corrisponde al *pactum de non petendo*, à tutto il vigore come azione e come eccezione a somiglianza di ogni altro contratto, art. 1279 e seguenti.

(2) Teoria uniforme, art. 1279 e seguenti.

Digitized by Google

zia non si può presumere, perchè niuno di sana mente fa spreco e getto del suo (1).

Di rinunzie presunte dalla legge stanno sparsi esempi parecchi nei codici ma giova soffermarsi sopra due casi. Il primo è della restituzione che il creditore faccia al debitore del documento comprovante il debito, per la quale restituzione la legge presume che il creditore abbia voluto liberarlo. Fr. 2, § 1, *de pactis* 2, 14. (2); ma la restituzione del pegno libera il debitore da tale guarentigia reale che avea data e non dalla obbligazione. L. 9, Cod. *de remissione pignoris* 8, 36 (3) — Il secondo caso è per la remissione fatta ad uno dei debitori in solido, per la quale si presume la liberazione di tutti gli altri condebitori solidali, perchè il debitore liberato avea l'obbligo di pagare direttamente l'intero. Fr. 16, *de acceptilatione*, 46. 4; Fr. 25 *de pactis*, 2, 14 (4).

Effetto della remissione è la estinzione della obbligazione con tutti gli accessorii. Di che segue che se vien fatta al debitor principale, resta liberato il fideiussore. Fr. 21, *in fine de pactis*, 2, 14. Ma viceversa se vien fatta al fideiussore non resta liberato il debitore, perchè il vantaggio è diretto all'uno obbligato sussidiariamente, e non all'altro che è tenuto in via principale. Fr. 23, *de pactis*, 2, 14 (5), nè restano liberati gli altri fideiussori, perchè ciascuno di essi è tenuto a pagare l'intero fino a che non possa aver luogo il beneficio di divisione. Fr. 23 *de pactis* 2, 14 (6). Che se poi uno dei fideius-

---

(1) Anche per Cod. Civ. la rinunzia è gratuita od onerosa, reale o personale espressa o presunta, e regge anche oggi il principio che le rinuncie non si presumono, meno nei casi espressamente determinati dalla legge — arg. art, 1279 a 1284.

(2) Il Cod. Civ. all'art. 1279 dispone che la volontaria restituzione del titolo originale del credito sotto forma privata, fatta dal creditore al debitore, costituisce la prova della liberazione. La restituzione perciò deve essere volontaria, senzachè per altra ragione qualunque il titolo si trovi nelle mani del debitore, e deve trattarsi di titolo originale sotto firma privata che stava presso il creditore. Riunendosi codeste condizioni, il Codice eleva la presunzione a prova di liberazione.

(3) Per Cod. Civ. la restituzione del pegno non basta per far presumere la rimessione del debito art. 1280.

(4) Per Cod. Civ. la teoria è uniforme, art. 1281, anzi il Codice stabilisce che la volontaria restituzione del titolo ad uno dei debitori solidali libera gli altri condebitori in solido, art. 1279. Ma se mai il creditore dichiarando di rimettere il debito ad uno dei debitori solidali, riservi espressamente i suoi diritti contro gli altri debitori, può da questi ultimi ripetere il suo credito deducendo la parte di colui, al quale ha fatto la remissione, art. 1281.

(5) Teoria uniforme art. 1282.

(6) Per Codice Civile la liberazione accordata dal creditore ad uno de' fidejussori senza il consenso degli altri, profitta a' medesimi per la parte di quello

Digitized by Google

sori avesse pagato qualche cosa per essere liberato , il pagamento fatto, e fino alla somma avuta dal creditore, libera e il debitor principale e gli altri fideiussori , perchè in realtà il creditore sarebbe stato pagato in parte, ed egli avrebbe accettato tale pagamento parziale fr. 15, § 1, *de fideiussoribus* (1).

---

che fu liberato, art. 1283. E la ragione è che si presume che ciascun fidejussore voglia il beneficio della divisione.

(1) Teoria uniforme, art. 1284.

Digitized by Google

PARTE SPECIALE DELLE OBBLIGAZIONI

§ 187. Le obbligazioni formano nella materia del diritto un tema assai vasto, perchè con esse principalmente si esplica la umana attività, e in esse trovano precipuo soccorso i rapporti sociali. L'uomo non è nato che per la società, ed egli non potrebbe vivere a se solo, e senza assoggettare l'altrui volontà alla propria per uno scambio di cose e di forze (veggansi § 322 e 370). Ma codesta soggezione e dipendenza, codesto potere di valersi delle forze altrui deve esplicarsi mediante rapporti giuridici che non offendano la personalità umana, perchè quando volontariamente si formano debbono poggiare al libero consenso, e quando non si eseguono debbono risolversi in una ragione d'indennizzo (veggansi § 734, 735 e 775). Per soddisfare alle nostre necessità tutti abbiamo bisogno della cooperazione altrui. Volgendoci per poco attorno vediamo che le abitazioni, il vitto, il vestito, i traffici, le industrie, le arti ecc., offrono continuo e generale movimento di vincoli giuridici che si costituiscono e si sciolgono.

La vastità del tema, e la necessità di ben conoscerlo, han consigliato i Giureconsulti a distinguere la parte generale dalla speciale, per discorrere nell'una delle norme comuni a tutte le obbligazioni, e nell'altra delle norme proprie di ciascuna.

Base precipua delle obbligazioni è il consenso. Ma questo può esser vero e presunto, onde si hanno i contratti (da' quali per la varia forza vennero in Diritto Romano distinti i patti) e i quasi contratti.

Altre obbligazioni sorgono dal dolo e dalla colpa pel risarcimento del danno con essi arrecato, onde i delitti e i quasi delitti.

Altre obbligazioni derivano direttamente dalla Legge, imponendole questa alcuna volta per ragioni di equità, di utilità, di necessità, di libertà e di ordine sociale.

Sono codeste idee da noi già svolte innanzi, e specialmente a §§ 730, 734, 735, 736, 750, 751 e 752.

Dobbiamo perciò partitamente discorrere delle obbligazioni speciali derivanti dalle note cinque sorgenti cioè: — 1. da' contratti, cui fan seguito i patti — 2. da' quasi contratti — 3. da' delitti — 4. da' quasi delitti — 5. dalla legge (1).

(1) Per Codice civile la teoria è uniforme, e soltanto non si è ritenuta la distinzione tra patti e contratti. Veggansi note a tali §.

Digitized by Google

CONTRATTI

§ 818. Il sistema romano per riguardo a' contratti speciali fu da noi già esposto nella parte generale al § 736. Qui bisogna soltanto ricordare che vennero delineati in quattro classi, e chiamati *reali*, *verbali*, *letterali* e *consensuali*, secondochè prendevano forza dalla consegna della cosa (*a re*), dalle parole solenni (*a verbis*), dallo scritto (a *litteris*), o dal solo *consenso* (*consensu*).

Non è già che per le prime tre classi non fosse necessario il consenso, che è base comune a tutti i contratti, ma invece in quelle prime tre, oltre al consenso, era necessario che per la perfezione del contratto concorresse ancora la consegna della cosa, la solennità delle parole, o lo scritto; mentre pe' contratti di ultima classe, che erano i più frequenti ed usuali, bastava il solo consenso (1).

CONTRATTI REALI

§ 819. Questi erano que' contratti a' quali è inerente l'obbligo della restituzione, onde i Giureconsulti romani ritenevano la necessità della consegna per poterli costituire. E perciò vi si noverano il mutuo, il comodato, il deposito e il pegno. Ma perchè il sequestro è una specie di deposito, e l'anticresi è un patto che modifica il contratto di pegno, i contratti reali son sei, cioè—1. Mutuo—2. Comodato—3. Deposito — 4. Sequestro — 5. Pegno — 6. Anticresi (2).

Mutuo

§ 820. La parola *mutuo* è così detta dacchè la cosa che si dà a mutuo passa in proprietà dal mutuante al mutuatario *ex meo fit tuum*. fr. 2. § 2. *de rebus creditis* 12, 1.

Nel Digesto il mutuo si chiama *res credita* per la ragione che il mutuante si affida al mutuatario per la restituzione del danaro. Codesta fiducia, che ordinariamente si trova in tutti i contratti, spicca maggiormente nel contratto di mutuo, nel quale si tratta di affidare danaro o altra cosa fungibile al debitore. Veggasi il Titolo 1, Libro XII del Digesto *de rebus creditis*.

---

(1) Per cod. civ., i contratti si distinguono in consensuali, letterali e reali — Veggasi nota al § 736.

(2) Il dritto civile col volgere de' secoli si è assai più spiritualizzato, e si è data perciò maggior forza al consenso in parecchi istituti di diritto—Onde oggi vi è un solo contratto reale, cioè il deposito, il quale non à esistenza senza la consegna della cosa, art. 1837. Per tutti gli altri, la tradizione non è necessaria

Digitized by Google

E la definizione è — *Contractus quo res fungibilis ita alicui datur ut ejus fiat, et quandoque tantumdem in eodem genere restituat* (1). Si dice *res fungibilis*, perchè non si dà come volgarmente si crede il solo denaro a mutuo, ma si possono dare a mutuo tutte le cose che siano fungibili, vale a dire quelle che ammettono un equivalente, e che sogliono pesarsi, numerarsi o misurarsi, e così può darsi a mutuo l'olio che si pesa, il danaro che si numera, il grano che si misura (Veggasi § 285). Che se si trattasse di cosa non fungibile, non si avrebbe più il mutuo ma potrebbe, concedendosi l'uso, aversi il comodato. Quando poi il mutuante dia al mutuatario una cosa infungibile, affinchè la venda, e ne ritenga il prezzo a mutuo, questo si avrà tostochè il mutuatario abbia conseguito il prezzo medesimo — Fr. 11 pr. *de rebus creditis* 12, 1, e L. 8 cod. *de rebus creditis* 12. 1. fr. 19 pr. *de praescriptis verbis*; 19, 5. — Si dice *ita alicui datur ut ejus fiat,* per dinotare l'elemento caratteristico del mutuo, il quale consiste nel passaggio della proprietà della cosa dal mutuante al mutuatario: che se la proprietà non passasse, ma dall'uno all'altro contraente passasse il solo uso, si avrebbe il comodato: se passasse la sola custodia si avrebbe il deposito. — Si dice finalmente *et quandoque tantumdem in eodem genere restituat*, per dinotare l'obbligo del mutuatario di restituire la cosa avuta nello stesso genere, e non già la identica cosa ricevuta, ed in questo appunto consiste la principale differenza del mutuo coi contratti di comodato, di deposito, di pegno, di sequestro e di anticresi, poichè nel mutuo si restituisce altrettanto del medesimo genere e qualità, mentre in quegli altri contratti deve restituirsi la stessa cosa avuta.

§ 821. Or i principii di dritto sopra cui si aggira la teoria del mutuo sono quattro:

1. Il mutuo non esiste senza la tradizione, *mutuum non est nisi pecunia vel res fungibilis alia brevi saltem manu tradatur*, Fr. 2 § 3. fr. 11 pr. e fr: 15 *de rebus creditis* 12. 1.

Se non che in mancanza della tradizione non si avea per diritto romano un mutuo perfetto, ma si avea certamente una obbligazione efficace quando le parti con le forme solenni della stipulazione promettevano l'una di dare e l'altra di ricevere a mutuo una cosa fungibile determinata (*conventio mutui ineundi*). In tal caso il mutuante era obbligato a far la tradizione della cosa al mutuatario, e, quando nel mutuo si fossero pattuiti interessi, il mutuatario era obbligato a ricevere la cosa dal mutuante. Vi era in altri termini

(1) La definizione è presso a poco uniforme nell'art. 1819 Cod. civ., il quale chiama anche il mutuo *prestito di consumazione*, per differenziarlo dal comodato, che il Codice chiama *prestito ad uso*, art. 1805.

Digitized by Google

un contratto, civilmente obbligatorio, e che prendeva il nome di mutuo soltanto dopo seguita la tradizione. Ma se altra forma diversa dalla stipulazione si fosse adoperata per una promessa somigliante, si sarebbe avuto un patto, il quale ne' contratti di stretto diritto, cioè unilaterale, com' era il mutuo, non avea alcuna forza. Veggasi quanto è detto al § 736 (1).

§ 822. Il secondo principio è che il mutuo è un' alienazione per la quale il dominio della cosa mutuata passa nel mutuatario, *mutuum est alienatio et rei fungibilis dominium transfertur in debitorem*. Fr. 2. § 2 e fr. 16 e pen. *de rebus creditis* 12. 1 (2).

Che sia certa l'alienazione nel mutuo, non può menomamente revocarsi in dubbio.

Il mutuatario può usare ed abusare della cosa datagli in mutuo, può rivendicarla, e risente egli del danno se mai la cosa mutuata perisca, cose tutte che non si accordano se non col dominio. f. 2. § 2, fr. 16; fr. penult. *de rebus creditis* 12. (3).

Ora essendo il mutuo un'alienazione, segue che può dare a mutuo chi è proprietario, e chi ha la facoltà di alienare. Fr. 2, § 4 *de rebus creditis* 12 1. Che se il mutuante non riunisse tali qualità, quegli che ha ricevuto la cosa fungibile a mutuo non può profittarne, e sarà soggetto all'azione di revindicazione se non ancora à consumata la cosa; all' azione personale di restituzione e mediante la *condictio sine causa* se l' ha consumata in buona fede; ed all'*actio ad exhibendum* se l' à consumata in mala fede, perchè *qui dolo desiit possidere pro possessore habetur*; come pure al risarcimento di danni. Fr. 13 e 14 *de rebus creditis* 12. 1 (4).

Dal medesimo principio di essere il mutuo un' alienazione segue del pari che può ricevere a mutuo chi è capace di obbligarsi. Ciò è in generale, ma per diritto romano erano specialmente incapaci di ricevere danaro a mutuo i figli di famiglia benchè fossero maggiori di età. Venne perciò emanato il Senatoconsulto Macedoniano, fa-

---

(1) Per Codice civile è mancata la importanza che in diritto romano davasi alla tradizione (vedi nota a' § 411 e 414); non vi è più differenza tra patti e contratti (vedi nota al § 736) e si ha perciò il contratto di mutuo anche quando non sia ancor seguita la tradizione. Il mutuo oggi è perfetto col solo consenso art. 1125 e il mutuatario che non abbia ricevuto la cosa mutuata potrebbe obbligare il mutuante a dargliela, e viceversa questi potrebbe obbligare quello a riceverla se si son pattuiti interessi — Arg. art. 1463, 1819, e 1837.

(2) Il secondo principio è uniforme per cod. civile art. 1820.

(3) Teoria uniforme per codice civile. Vedi art. 1820.

(4) Per Codice civile sarebbe ammessibile la revindicazione se la cosa mutuata esistesse in natura presso l'*accipiens*, art. 1104, 439, 1820. Se questi l'avesse consumata, deve restituire il *tantundem*, art. 1145 e 1828, e se vi è stata mala fede deve rispondere de' danni, art. 1151.

Digitized by Google

moso nella storia del diritto, perchè si è con maggiore o minor forza mantenuto in osservanza nelle legislazioni posteriori e fino ai nostri giorni. Con quel Senato Consulto, chiamato Macedoniano, a quanto pare dal nome dell' usuraio che faceva prestiti rovinosi ai figli di famiglia, venne negata l' azione pe' mutui fatti a costoro, purchè non si fossero convertiti in reale loro vantaggio, o del padre, ovvero questi non li avesse espressamente riconosciuti, o anche tacitamente pagandone ad esempio gl' interessi. Fr. 1 7 § 12 e 15; fr. 13 e 16 *de Senatus Consulto Macedoniano* 14 6; l. 2 cod. *eodem* 4. 28. (1).

§ 823. Il terzo principio è che gl' interessi nel mutuo di danaro possono esser dovuti quando vengano consentiti mediante stipulazione non già per patto. *Usurae foenebris pecuniae non ex pacto sed ex vinculo stipulationis peti possunt.* L. 3 Cod. *de usuris* 4, 33.

Ad intendere questo principio romano, deve ricordarsi la differenza tra i contratti di buona fede e di stretto diritto, di che abbiam parlato al § 744, e la differenza tra patto e contratto dì cui abbiam discorso al § 736.

I contratti di buona fede erano i bilaterali, e quelli di stretto diritto gli unilaterali, tra i quali ultimi sta il mutuo. I patti non aveano forza di azione se non quando erano aggiunti ai contratti bilaterali e non agli unilaterali. La ragione di codeste distinzioni romane era che ne' contratti bilaterali poteva essersi più larghi perchè la reciprocanza degli obblighi menava ad un equilibrio fra le parti, mentre ne' contratti unilaterali correvasi il rischio di aggravare maggiormente l'unico obbligato che vi era, se si fosse data forza a qualunque specie di patto. Sono cose da noi già esposte ai § suddetti 736 e 744.

Per lo che pel mutuo di danaro, quante volte si fossero voluti pattuire gl' interessi, era necessaria la forma solenne della stipulazione, cioè de' contratti verbali, di cui abbiam parlato al § 736.

V'era però qualche eccezione, e così pel *nauticum foenus*, cioè per la *pecunia trajectitia*, di cui parleremo da ultimo; pel mutuo che avea per oggetto non danaro, ma altra quantità di eose fungibili; e pel mutuo fatto da' banchieri. Fr. 12 e 23 Cod. *de rebus creditis* 4. 1. Novella 136, capo 4.

Codesti interessi chiamavansi in diritto Romano *usura*, e di essa, e delle limitazioni varie cui fu soggetta secondo i tempi, abbiam tenuto parola al § 785 (2).

---

(1) Per Codice civile il Senatoconsulto Macedoniano non è stato riprodotto onde ad esser mutuatario basta avere la capacità di obbligarsi, art. 1104.

(2) Per Codice Civile è mancata la differenza tra contratti di buona fede e di stretto diritto, tra patti e contratti (Veggansi note a'§ 736 e 744), onde possono stabilirsi gl' interessi tanto nel mutuo di danaro, quanto in quello di qua-

Digitized by Google

§ 824. Il quarto principio è — ***Reddendum in mutuo tantundem in genere, seu res ejusdem bonitatis ac quantitatis*** Fr. 11 § I *De rebus creditis* 12. 1, cioè si deve restituire tanta quantità di cose fungibili della stessa qualità, quanta fu quella che si ebbe, qualunque sia l'aumento o la diminuzione del prezzo fra le cose ricevute e quelle che si restituiscono. È una formula di *equazione*, dice un recente scrittore assai illustre (Ceneri, *cattedra* e *foro* p. 59) quella che rappresenta l'obbligo del mutuatario: un'alterazione nella quantità, nella qualità, nel genere, non lascerebbe integri i termini del contratto puro.

Da che segue — 1. Che il mutuatario non può restituire un genere diverso, e così per esempio non può rendere fave per grano. 2. Che non può restituire una qualità diversa, e cosi per esempio vino nuovo per vino vecchio. 3. Che non può nel mutuo convenirsi la restituzione di somma maggiore di quella avuta, ma può invece convenirsi la restituzione di somma minore, nel quale caso s intenderebbe donata dal mutuante la differenza (1).

Quante volte poi il mutuatario non facesse la restituzione eui è tenuto in natura, egli dovrebbe pagare il prezzo corrente al tempo della restituzione e nel luogo ove questa dovrebbe farsi. Fr. 22 *de rebus creditis* 12, 1 (2).

§ 825. Riguardo poi alla moneta mutuata, la restituzione va di regola fatta anche con monete di diversa specie, purchè abbiano lo

lunque altra cosa fungibile. Non v'è limite per gl'interessi, e quando siesi pattuito di pagarli senza determinarne la misura, son fissati al 5 per 100 in materia civile, e al 6 per 100 in materia commerciale.

Per la prova si sta alle regole generali del sistema probatorio, ma nelle materie civili l'interesse convenzionale eccedente il 5 per 100 deve risultare da atto scritto, altrimenti non è dovuto alcun interesse, art. 1029 e 1031.

Per altro se l'interesse eccede la tassa legale, fu concessa al debitore la facoltà di restituire il capitale dopo cinque anni, dandone preventivo avviso per iscritto al creditore sei mesi prima. Era codesto un necessario temperamento alla proclamata libertà degl'interessi, art. 1832.

Ma ciò non si applica a' contratti ne' quali sotto forma d'annualità sì pagano gl'interessi e si estingue il debito principale. Se questa annualità è ragguagliata al termine medio e probabile della vita, il contratto diventa aleatorio: se è calcolata per un numero determinato di anni, assume la forma di un modo di restituzione applicato generalmente a' crediti fondiari a tal uopo istituiti.

Quella medesima facoltà di liberarsi prima del tempo stabilito nè anche è applicabile a' debiti dello Stato, de' Comuni e degli altri Corpi morali. Non era loro necessaria una tale cautela, perche essendo essi soggetti a formalità speciali nelle contrattazioni, e la loro condizione economica presentando in genere maggiore solidità, veniva a mancare la ragione della legge per comprenderli nell'eccezione ben grave stabilita per gli altri debitori trattandosi di contravvenire al patto stabilito per riguardo al tempo in cui il mutuo dovea durare, art. 1833.

(1) Teoria uniforme, art. 1819.

(2) Teoria uniforme, art. 1828.

Digitized by Google

stesso valore, e così può restituirsi argento per oro, e viceversa. La ragione è che il danaro più che per la sostanza si porge all' uso per la quantità. Si fa eccezione pel caso in cui siasi pattuita la restituzione nella stessa specie, dovendosi allora osservare ciò che i contraenti vollero, e così se il mutuante diede monete di oro, e il mutuatario si obbligò a restituirne altrettante della stessa specie, dovrà starsi al contratto, perchè allora s' intende che il mutuante abbia avuto in considerazione i corpi anzichè la quantità.

Pel caso poi in cui muti il valore della moneta la regola è che— *mutato valore numorum ad tempus contractus respiciendum videtur, nisi de certa specie monetae reddendae conventum.* Arg. fr. 3, 5 e 22 *de rebus creditis* 12, 1; fr. 69 *de contrahenda emptione* 18, 1; L. 2. Cod. *de veteris numismatis potestate* 11, 10. Vale a dire se tra il momento del mutuo e quello della restituzione, la moneta mutuata aumenti o diminuisca di valore, si ha riguardo al valore che la moneta avea al tempo del contratto; ma se siesi pattuita la restituzione nella stessa specie ricevuta, questa deve sempre darsi, senza riguardo al valore mutato.

Può anche accadere che la specie pattuita per la restituzione non abbia più corso al tempo in cui questa deve effettuarsi, ò siesi smarrita, ovvero abbia variato di valore intrinseco in rapporto all' estrinseco, come ad esempio quando siasi imposto un valore di 6 ovvero di 4 ad una moneta che al tempo del contratto valeva 5, il qual valore di 5 rispondeva al prezzo del metallo, cioè al peso o fino della moneta.

Per tali tre ipotesi i Dottori si son divisi di parere, ma generalmente si è ritenuto che debba aversi riguardo al valore intrinseco che la moneta avea al tempo del contratto. — Perciocchè quando siasi variato il valore intrinseco di una moneta in rapporto all' estrinseco, il prezzo de' generi cresce o diminuisce secondo la variazione in più o in meno portata alla moneta medesima, ed è giusto che il mutuante non soffra scapito, ed abbia la restituzione del vaore reale ehe diede al mutuatario. Quando poi la specie di moneta è smarrita o è posta fuori corso, si è di fronte alla impossibilità di adempiere alla restituzione pattuita, e intanto è certo che il mutuatario trasse profitto dal valore intrinseco che la moneta avea quando egli la tolse a mutuo, perchè rispondeva a' prezzi correnti delle cose diverse, *quoniam hic finis principalis nummi est, ut serviat rebus necessariis comparandis* (veggansi specialmente Voet *ad Pandectas* Tit. *de rebus creditis* 12. 1, n. 24; Vinnio Istituzioni Tit. *Quibus modis re contrahitur obligatio* n. 12, Richeri *Jurispr. Univ.* Tom. IX § 927 (1).

(1) Teoria uniforme, art. 1121 e 1122.

Digitized by Google

Ad ogni modo per riguardo alla moneta da restituirsi nel mutuo si ritenga sempre come principio direttivo il fr. 98 de *solutionibus* in cui è detto — *Creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit.* — Codesta regola non solo spiega in modo generale tutte le ipotesi innanzi fatte, ma dà l'indirizzo anche per qualche altra che facilmente si presenta, come ad esempio per la restituzione che dispettosamente un debitore volesse fare in moneta di bronzo coniata tutta a piccioli centesimi, i quali darebbero al creditore molto fastidio e danno positivo per spenderli.

§ 826. In quanto al termine per la restituzione, si presume stipulato a vantaggio del debitore, onde il creditore non può agire prima che il termine sia scaduto, e il debitore può pagarlo innanzi tempo. — Ma se il termine fosse stipulato anche a vantaggio del creditore, ciò che si avrebbe se pel mutuo si fossero pattuiti interessi, anche il debitore dovrebbe aspettare la scadenza.

Ciò è in corrispondenza a quanto si è detto per le obbligazioni a termine nel § 756.

È poi comune opinione de' Dottori che se le parti non prefissero termine, ovvero se il tempo della restituzione fosse rimesso all'arbitrio del mutuatario, l'autorità giudiziaria lo prefigge secondo le circostanze. Veggasi Voet ad *ad Pandectas* Tit. *de rebus creditis* 12, 1, n. 19 (1).

Per le azioni il diritto romano dava la sola *actio mutui* o *condictio certi ex mutuo* per la restituzione di ciò che si era mutuato. Ma si ammetteva l'*actio de dolo* o *in factum*, quante volte il mutuatario fosse stato danneggiato per difetto della cosa mutuata (2).

Al mutuo si riferiscono la *exceptio non numeratae pecuniae* di cui si terrà discorso ne' contratti letterali, e il *nauticum foenus* altrimenti detto *pecunia trajectitia*.

§ 827. Codesta *pecunia trajectitia* era un prestito di danaro o di merce che dal mutuatario tragittavasi oltremare o per luoghi terrestri sospetti o che adoperavasi in altra impresa pericolosa, e che restava a rischio del mutuante sino a che non fosse giunta salva al porto o luogo designato, o il pericolo dell'impresa non fosse svanito — fr. 1 pr. e 5 *de nautico foenore* 22, 2, L. 1 ed ult. Cod. *eodem* 4, 33. La differenza col mutuo era che in questo passava la proprietà ed il rischio al mutuatario e nella *pecunia trajectitia* passava la proprietà al mutuatario ma durante il pericolo ne assumeva il rischio il mutuante (3).

(1) Teoria uniforme, art. 1825, 1826 e 1827.

(2) Il Codice Civile concede l'azione diretta e contraria con gli art. 1824 e 1828.

(3) La teoria ha oggi riscontro col prestito a cambio marittimo, il quale però

Digitized by Google

§ 828. I principii di diritto per la *pecunia trajectitia* sono:

1. *Periculum ad creditorem pertinet usquedum ad portum destinatum navis adpulerit* L. 1 ed ult. Cod. *de nautico foenore* 4, 33. Cioè il rischio del denaro o della merce mutuata sta a carico del creditore fino a che il pericolo derivante dalla navigazione, dal trasporto per luoghi sospetti, o dalla impresa non sia svanito (1).

2. *Periculum ad debitorem pertinet, si pecunia dolo aut culpa ipsius debitoris intereat* — L. pen. Cod. *de nautico foenore* 4, 33. Cioè il rischio passa al debitore, se intervenga dolo o colpa di lui, come ad esempio se egli non viaggi per la linea designata (2).

3. *Propter periculum nullus foenori nautico terminus praescriptus est.* Paulli *sententiae* lib. 2 tit. 14 § 3. Vale a dire per l' interesse nel mutuo fatto non v'è limite legale — Ma Giustiniano di poi lo

---

è sostanzialmente diverso perchè consiste in un contratto scritto per cui alcuno dà ad altri una somma di danaro in prestito, assicurato sopra effetti di proprietà del prenditore e che sono esposti ai rischi del mare e son corrispondenti nel loro valore alla somma prestata e con la condizione che se per accidenti marittimi quegli effetti si perdano in tutto o in parte, ovvero sieno soltanto deteriorati, chi ha dato il danaro perde il suo capitale, e non ricupera se non il prezzo che può ricavarsi dagli effetti medesimi, e se questi arrivino invece a salvamento nel luogo ove finisce il rischio, non solo ripiglia il suo capitale, ma ottiene anche il premio del pericolo con la percezione di interessi marittimi art. 590 e seguenti Codice di Commercio — Cosicchè oggi il prestito a cambio marittimo consta di quattro elementi — 1. Sborso di somma che si dà a prestito — 2. Designazione degli oggetti a' quali ha relazione il prestito, e su' quali chi ha dato il denaro esercita privilegio—3. Assunzione di rischi della navigazione da parte di costui — 4. Interessi in corrispettivo del pericolo che egli corre sugli oggetti che assicurano l'imprestito — Veggansi specialmente gli art. 590, 593, 594, 595, 599, 601, 671, 673 e 675 Cod. Commerciale.

La differenza col Diritto Romano è che oggi il prestito deve avere rapporto con la nave o con determinati effetti in essa compresi, e il rischio che si assume da chi presta non è pel danaro prestato, ma per la nave o per gli effetti sopra cui il danaro viene ad essere assicurato. Cosicchè mentre in Diritto romano il rischio versava sulla cosa che dal mutuante si dava al mutuatario, oggi invece il rischio versa sulla cosa del mutuatario, e che vien designata sia per precisare la cosa su cui cade il rischio sia per dar su di essa privilegio e sicurezza pel danaro che dà il prestatore.

Nè il cambio marittimo si può confondere con l' assicurazione marittima, perchè mentre in quello vi è un prestito mediante sborso di somma, e un pericolo di perderla pel rischio che corre la cosa vincolata; nell' assicurazione manca il prestito e vi è guarentigia della cosa da' rischi del mare mediante un premio che l'assicuratore paga all'assicurato art. 604 e seguenti Codice Commerciale.

(1) Per Codice Commerciale il rischio della nave o degli effetti vincolati sta a carico di chi ha dato il danaro fino a che il pericolo non sia svanito, art. 595, 599, 601.

(2) Teoria uniforme, art. 1151 Cod. Civile, e art. 598 Cod. Commerciale.

Digitized by Google

stabilì al dodici per cento — L. 26 Cod. *de usuris* 4, 32 — Novella 110 (1).

5. *Cessante periculo, redit usurarum comunium observatio* — L. 1, 2, e 4 Cod. *de nautico foenore* 4, 33 — La misura d'interessi convenuti cessa col cessare del pericolo, e si passa al limite legale (2).

Comodato

§ 829. Il comodato si definisce — *Contractus realis quo res non fungibilis gratis utenda ita datur ut finito usu eadem species restituatur.* Si d ce *res non fungibilis* per la differenza che passa tra il comodato e il mutuo nel quale la cosa dev'essere fungibile, e per la differenza che passa tra il comodato il quale può versare anche su cose stabili (come ad esempio è l'uso del palazzo reale di Capodimonte pel Ministro Mancini) fr. 1. *Commodati* 13, 6, e il deposito il quale si restringe sempre alle cose mobili. Si dice *gratis* perchè la gratuità è di essenza nel comodato, mentre se vi fosse il corrispettivo di una somma si avrebbe la locazione, se di altra cosa si avrebbe un contratto innominato, come ad esempio il prestito vicendevole di un bue per aggiogarne una coppia ed arare ciascuno dei due proprietarii il suo terreno, fr. 17 § 3 *de praescriptis verbis;* e in ciò anche differisce dal mutuo, il quale sebbene sia gratuito, pure in esso la gratuità non è essenziale, ma naturale potendosi pel mutuo stipulare gl'interessi. Si dice *utendo* perchè nel comodato passa il solo uso e il possesso materiale, non la proprietà nè il possesso giuridico o civile com'è nel mutuo. Si dice *eadem species restituatur*, perchè passando nel comodato il solo uso, e vi è l'obbligo della restituzione nella medesima specie (3).

§ 830. I principii di diritto ne' quali si svolge la teoria del comodato sono i seguenti:

Il primo è che il comodatario riceve la cosa per un uso certo e definito. *Comodatarius accipit rem alienam ad certum et definitum usum* Fr. 5. §. 8 *commodati* 13, 6 (4).

Codesto principio vuol essere schiarito. Avendo il comodatario la cosa per un uso certo e definito, non può adibirla ad un uso diverso. Se avete avuto in comodato una carrozza per andare fino

---

(1) Non avendo limite l'interesse nelle materie civili, art. 1831 Cod. Civile molto meno può averlo il prestito a cambio marittimo, art. 590 Cod. Commerciale.

(2) Teoria uniforme, art. 596.

(3) Tale definizione è presso a poco uniforme a quella che ne dà il Codice Civile, art. 1805.

(4) Il principio è identico per Cod. Civ., art. 1805.

Digitized by Google

al Vesuvio non potreste andare fino al Gargano, e se lo fate siete responsabile dei danni ed interessi, come per esempio se un cavallo si azzoppica, ed anche del caso fortuito come ad esempio se un fulmine incenerisse il cavallo verso il Gargano, fr. 54, § 1 *de furtis* 47, 2, §. 6 e 7 Inst. *de obligationibus quae ex delicto nascuntur* 3, 28 (1).

Il Comodato non può di regola revocarsi dal comodante prima che finisca l'uso certo e determinato per lo quale si è data la cosa. In altri termini il comodato dura finchè deve durare codesto uso definito, fr. 17, § 3, *commodati* 13, 6 (2). Ma in alcuni casi ciò sarebbe stato incomportabile pel comodante, quante volte fosse a lui sopraggiunto un bisogno urgente della cosa comodata. In tale ipotesi la equità consiglia che l'uso gratuito dato al comodatario cessi e la cosa torni al comodante, perchè si presume che nessuno voglia fare un benefizio ad altri con suo pregiudizio. Onde la giurisprudenza posteriore al diritto romano fece piegare a più miti consigli la durezza di questo. Così se alcuno ha comodato ad altri un cavallo con carrozza per sei mesi, affinchè vada deliziandovisi con la sposa che il comodatario ha tolta, e sopraggiunga poi una malattia alle gambe del comodante, il quale abbia bisogno urgente del cavallo e della carrozza per uscire ed attendere ai suoi bisogni, è troppo equo che gli sposi comodatari vadano a piedi ed il proprietario comodante torni ad andare nella sua carrozza (3).

Che se poi l'uso non fosse certo e definito si avrebbe un precario fr. 1, pr. e fr. 2, *de precario* 43, 26. Or il precario è definito: *Genus liberalitatis quo aliquid precibus petenti conceditur tamdiu quoad is qui concessit patitur*. Il precario è una specie di liberalità, per la quale alcuno concede qualche cosa ad un altro che gliela richiede, ma che però può togliergli a piacere (4)

§ 831. Il secondo principio è che il comodato è gratuito. Se mai intervenga mercede o prezzo si avrà un altro contratto, *mercede interveniente comodatum in alium contractum transit*.

Se si darà danaro si avrà una locazione. Se si darà una cosa per avere l'uso di un' altra si avrà un contratto innominato cioè il *do ut des*. Così per corrispettivo alcuno dia l'uso di una sua carrozza e ne

---

(1) Teoria uniforme, art. 1809.

(2) Teoria uniforme, art. 1815.

(3) Teoria uniforme, ma il Codice se ne rimette all' arbitrio del Magistrato secondo le circostanze, art. 1816.

(4) Il precario è il possesso che trae origine da una concessione rivocabile ad arbitrio del concedente (arg. art. 694, 686 688) o che dipende da atti meramente facoltativi (art. 688), o di semplice tolleranza (art. 688). Il precario indica anche il possesso che uno ha di una cosa in nome e per conto altrui, art. 685, 686, 2115, Cod. Civ.

Digitized by Google

abbia il ricambio di danaro si avrà una locazione, se poi dia l'uso di una sua carrozza di un gioiello, ovvero dell'uso di un carro, si avrà un contratto innominato (1).

Ma si avverta che il comodato è però compatibile con l'*onorario*. Questo differisce dalla mercede in ciò che la mercede si stabilisce con convenzione e l'onorario, altrimenti detto rimunerazione, non viene dalle parti stabilito. Così, per esempio, se uno dà ad altri l'uso di una sua carrozza col patto che questi gli dia un giojello si avrà un contratto innominato, ma se alcuno dà ad altri l'uso della sua carrozza e quegli che l'ha usato dia poi all'altro in riconoscenza un gioiello, ovvero, come suolsi, faccia a' servi un dono anche di danaro, si avrà un vero e proprio comodato. *Commodati natura non mutatur si honorarium interveniat* — arg. fr. 6. pr. *mandati* 17, 1 (2).

§ 832. Il terzo principio è che in questo contratto il comodo è presso il solo comodatario e l'incomodo presso il solo comodante, *in contractu commodati non utriusque par commodum et incommodum est, sed omne commodum penes commodatarium versatur*. La cosa è troppo chiara, perchè riducendosi il comodato ad un uso gratuito, tutto il comodo è soltanto di chi lo ha, onde il comodatario deve usare la massima diligenza fr. 5; § 3, 5 e 10; *commodati* 13, 6.

Codesto è il carattere normale del commodato — Ma può accadere che questo si faccia nell'interesse comune del commodânte e del commodatario, ovvero nell'interesse di quest'ultimo soltanto. Così, ad esempio, se due amici vogliano dare una mensa in onore di qualche persona, e l'uno di essi, che prende pensiero di tutto, abbia in prestito dall'altro un servizio di argento, il commodato è certamente fatto nell'interesse di tutti e due, e allora la diligenza da prestarsi è quella ordinaria e comune, fr. 18 in princ. *commodati* 13, 6. Fingasi poi il prestito di cose accessorie alle scene fatto da chi vuole con esse ingraziarsi il pubblico, o il prestito di gioielli fatto dal marito alla moglie per far risaltare la posizione di se stesso, si avrà l'interesse del solo commodante, onde il commodatario risponde di diligenza nell'infimo e più debole grado, fr. 5 e 10, § 10 *commodat.* 13, 6 (3).

§ 883. Il quarto principio è che nel comodato non passa la pro-

(1) Teoria uniforme, art. 1806.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 1806 1837, 1844 n. 2.

(3) Anche per Codice Civile il carattere normale del comodato è per l'interesse del comodatario, ma si ammette pure che l'interesse possa esser comune al comodante, o che possa essere soltanto di costui, arg. art. 1807 capoverso — La diligenza poi, coerentemente a quanto si è detto alla teoria della colpa in nota al § 309 dev' esser quella di un buon padre di famiglia, art. 1808.

Digitized by Google

prietà, ma passa il solo uso al comodatario. *Ex contractu comodati non transfertur dominium sed usus* Fr. 8 § 9, *commodati* 13, 6. Onde sorge l' obbligo della restituzione dell' identica cosa avuta, ed ecco perchè nel comodato la cosa dev' essere non fungibile (1).

Ma potrebbe pure aversi il comodato di cosa fungibile quante volte la si desse per sola pompa. Così un negoziante può bene avere in comodato 100 bottiglie di vino d'Asti che egli mette in vetrina per semplice comparsa. L'uso consisterebbe allora precisamente nella pompa — *dicis caussa*, come si esprime il Giureconsulto. — Fr. 3 § 6, e fr. 4 *commodati* 13, 6 (2).

Se non che il commodato, il quale di regola non ammette trasferimento di proprietà, può conciliarsi con una vendita sotto condizione, come per esempio ti do in comodato il mio cavallo perchè possi andare fino al gran Sasso d' Italia, ma se il cavallo non torni salvo mi darai invece di esso 1000 Lire (3).

§ 834. Una delle conseguenze più dirette per riguardo al principio che la proprietà resta nel commodante, è che la cosa perisce a danno di costui: *res perit domino*. Ma qui si riproducono le quattro eccezioni che abbiamo veduto nella teoria del caso al § 310. La prima eccezione era che il caso feriva il debitore se vi si fosse obbligato (vedi § 310) ed il comodatario non solo sarebbe tenuto se si fosse obbligato a risentire del caso, fr. 17 *commodati* 13, 6, ma s' intende che vi si sia obbligato qualora la cosa datagli sia stata stimata. Così per esempio si è comodato un cavallo che vale mille lire giusta la perizia fatta al tempo del contratto. Se il cavallo è incenerito da un fulmine, il comodatario deve pagare le mille lire, fr. 5 § 3 *commodati* 13, 6. La seconda eccezione era, se il caso accadde durante la mora del debitore purchè la cosa non sarebbe perita egualmente presso il creditore (vedi § 310) e nel comodato viene a riprodursi tal quale. La terza eccezione era se il debitore avesse dato occasione al caso (vedi § 310) e pel comodato non solo si osserva questa regola, ma si ritiene anche per occasione la ipotesi nella quale il comodatario, potendo sottrarre la cosa comodata dal caso fortuito surrogandola con una propria, non lo abbia fatto. Così, per esempio, in un incendio se il commodatario si è trovato nel bivio di salvare la sua cosa o quella datagli in comodato, e preferisce di salvare la sua, resta obbligato per l' altra al comodante. La ragione è che, sebbene in generale uno debba pensare prima a se, e poi agli altri, pure qui si avrebbe un debito di gratitudine e di riconoscen-

(1) Teoria uniforme, art. 1805 1808.
(2) Teoria uniforme, art. 1805.
(3) Teoria uniforme, art. 1447, 1157 e 1158.

Digitized by Google

za da compiere fr. 18 *commodati* 13, 6. La quarta eccezione era se il debitore vi avesse tratto profitto (vedi § 310) ed anche qui se il comodatario ha profittato del caso come ad esempio prendendo la pelle di un bue morto, deve compensarne il comodante, e ciò rientra nelle regole generali (1).

§ 835. E dal medesimo principio che nel comodato la proprietà resta nel comodante, si è tratta la massima *commodatum rei suae existere non potest.* Se io ignorando che la cosa era mia, l'ho tolta da voi in commodato, non sono obbligato a restituirvela e il contratto è nullo. Ma si avverta che la proprietà della cosa dev'esser piena e intera, perciocchè il comodato è compatibile con l'usufrutto, col pegno, e con l'anticresi. E così, niente impedisce che l'usufruttuario dia la cosa in comodato a chi vi ha il diritto di nuda proprietà; che chi ha in pegno un servizio di argento altrui, glielo presti per dar tavola ad un amico; che chi ha una villa in anticresi, la conceda graziosamente al debitore anticretico (2).

Ma se non esiste ed è nullo il comodato della cosa allo stesso proprietario, è valido il comodato che alcuno anche scientemente faccia della cosa altrui, fr. 15 e 16 *commodati* 13, 6. È salvo sempre al proprietario il diritto di rivendicazione, ma fino a quando non la eserciti, il rapporto di comodato, stretto tra chi non ha la proprietà della cosa e chi l'ha da lui presa in commodato, regge sempre (3).

§ 836. Rimane a parlare delle azioni.

Il commodato ne ha due, l'una diretta e l'altra contraria.

La diretta si dà al commodante contro il commodatario per la restituzione della cosa dopo finito l'uso, e pel risarcimento de'danni commessi per dolo o colpa (4).

Tale azione si esercita solidalmente contro i commodatarii laddove costoro fossero più, e così se ho prestato a due amici una carozza, la quale mi sia restituita danneggiata, io posso pretendere il risarcimento da uno di essi, anche quando il danno fosse accaduto per dolo o colpa dell'altro, fr. 5 § 15 *commodati*. La ragione è che tutti e due i commodatarii sono obbligati alla diligenza, la quale non può dividersi a metà, ma sono essi tenuti a prestarla *in totum* (5).

L'azione contraria si dà al commodatario contro il commodante per indennità che gli fosse dovuta specialmente per vizio inerente alla cosa, e che non si fosse reso manifesto. Così se alcuno avendo

(1) La teoria è uniforme sia pel principio che per le eccezioni, art. 1809, 1810, 1811, 1812.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 436 e 1805.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 439 e 1805.

(4) Teoria uniforme, art. 1805, 1808 e 1815.

(5) Teoria uniforme, art. 1814.

Digitized by Google

botti putrefatte , e conoscendone il vizio me le presti senza dirmene cosa alcuna , e si guasti il vino o l' olio che io vi riponga, dovrà risarcirmi il danno, fr. 18. § 3, *commodati* 13, 6. Riguardo poi alle spese, il commodatario non può pretendere il ristoro di quelle ordinarie , come ad esempio per la cibaria e custodia di un cavallo prestato , ma ha diritto a pretendere quelle straordinarie come ad esempio per la cura del cavallo che si fosse malato. La ragione è che nell' un caso le spese sono inerenti all' uso, e d' altronde chi ha il comodo deve soffrire anche l' incommodo; ma nel secondo caso, cioè per le spese straordinarie si presume che le parti quando contrattarono non vi rivolsero il pensiero , e inoltre cotali spese non hanno rapporto con l' uso fr. 18 § 2 *commodati* 13, 6. Anzi per le spese straordinarie il commodatario avrebbe il diritto di ritenzione fino al pagamento, fr. 15, § 2, e fr. 59 *de furtis* 47, 2 (1).

Deposito

§ 837. Il deposito è così chiamato dacchè si *pone* una cosa presso qualcuno affidandone la custodia alla sua lealtà, onde si aggiunge la preposizione *de* nel senso di *valde* fr. 1, pr. *depositi* 16. 3. E si definisce *contractus re initus quo quis rem mobilem alteri gratis custodiendam tradit quandocumque deponenti libuerit in specie restituendam.*

Si dice *contractus re initus*, perchè questo contratto non può esistere senza la consegna della cosa — *rem mobilem*, perchè il deposito può farsi pe' soli mobili: chè se si trattasse di stabili si avrebbe il mandato o qualcuna delle specie di sequestro—*alteri gratis*, perchè se mai non fosse gratuito si avrebbe la locazione od altro contratto innominato— *custodiendam tradit* , perchè col deposito non si trasferisce nè il dominio come nel mutuo, nè l'uso come nel comodato , ma la sola custodia — *quandocumque deponenti libuerit* , perchè, sia qualunque il termine che si fosse prefisso nel deposito, il deponente può sempre obbligare il depositario alla restituzione di esso — *in specie restituendam* , perchè avendo il depositario la sola custodia deve restituire la identica cosa ricevuta (2).

Or il deposito è di due specie cioè *semplice* e *miserabile* (3).

Il semplice è quello ora indicato.

---

(2) Teoria uniforme, art. 1813, 1817, 1818, e 706.

(2) Codesta definizione può ritenersi a base degli art. 1835 e 1837.

(3) La distinzione è ritenuta dal Codice Civile il quale chiama *volontario* il deposito semplice, e chiama *necessario* il deposito miserabile de'Romani art. 1838, sebbene anche Ulpiano nel fr. 1 § 2 *depositi*, 16. 3 dice quest'ultimo derivante *ex necessitate.*

Digitized by Google

Il miserabile è quello stesso, ma che è fatto per la necessità di un miserevole caso, di una calamità pubblica o privata, come accade quando alcuno è spinto a consegnare in deposito ad altri delle cose per un incendio, per una rovina, per un naufragio, per terremoto e simili. Va per esempio in fiamme un palazzo, gli abitanti di esso si affrettano a togliere le cose più preziose, e a darle a qualcuno de' vicini. È una sventura, e tutti coloro i quali hanno avuto in consegna codesti oggetti, debbono risponderne scrupolosamente come depositarii. Del rimanente le regole proprie del deposito semplice sono comuni al deposito miserabile meno per l'azione del doppio nel danno, di che parleremo or ora, Fr. 1. § 1. *depositi* 16. 3 (1).

§ 838. La teoria del deposito poggia sopra quattro principii.

Il primo è—*Depositum initur non nisi cum amicis in quorum fide maxima spes sita est.* — Il deposito è sacro perchè è atto di fiducia.

Di che segue che è reputato infame chi viola la fede del deposito. Fr. 1, *de his qui notantur infamia* 3, 2 (2).

Che non è ammessa compensazione, onde il depositario è sempre obbligato a restituire la cosa depositata, qualunque sia il credito che vanti contro il deponente L. 1. Cod. *depositi* 4. 34 (3) — Che è al depositario appena permesso il diritto di ritenzione e per le sole spese necessarie fatte sulla cosa depositata. Coll. Leg. Mos. X. 2. 6 — Mayns § 311 (4).

Che se il depositario reclami come sua la proprietà della cosa datagli in deposito, deve darne all'istante la prova fr. 15 *depositi* 16. 3; fr. 98 *de verborum obligationibus*, 45 1; fr. 45 *de regulis juris* 50. 17 (5).

E che anche quando il depositario sapesse che la cosa sia di altri e non del deponente, deve sempre a costui restituirla, purchè il vero proprietario, cui egli è tenuto a darne avviso, non sia sollecito a farne richiesta. Fr. 1 § 39, e fr. 31 § 1. *depositi* 16. 3 (6).

§ 839. Il secondo principio è che il deposito è di sua natura gratuito —

---

(1) Per Codice Civile son pure uniformi le regole del deposito volontario e del necessario, meno per la prova che nel necessario si ammette sempre per testimoni, art. 1348 e 1865. Inoltre il Codice Civile ritiene un deposito necessario per gli effetti portati negli alberghi dal viandante che vi alloggia, articolo 1866.

(2) La infamia oggi è rimessa alla pubblica opinione.

(3) Teoria uniforme, art. 1289 n. 2.

(4) Teoria uniforme art. 706, 1958, n. 7, 1863.

(5) Teoria uniforme, art. 1861.

(6) Teoria uniforme, art. 1854.

Digitized by Google

Depositum est contractus gratuitus fr. 1 § 8 e 9 *depositi* 16, 3 – (1) Che se il deponente abbia pattuito un prezzo col depositario, non si avrà più il deposito, ma una locazione di opera, e se abbia pattuito la dazione di qualche altra cosa, come per esempio di un ettolitro di grano per tenere in deposito degli argenti, si avrà il contratto innominato *do ut facias* fr. 1. § 8. 9. 10 *depositi* 16 3. (2). Ma sebbene il deposito sia di sua natura gratuito, pure è con esso conciliabile un onorario o rimunerazione come voglia chiamarsi, perchè questa non ha mai la forza d'immutare un contratto fr. 1. § 23 *de vi bonorum raptorum* 47. 8 (3). Ne abbiamo già parlato a proposito del comodato al § 831, e torneremo anche a parlarne nel mandato — L'onorario o rimunerazione non è prezzo, ma è riconoscenza di un favore ricevuto, e nel deposito spicca anche più la differenza col prezzo, perchè si vede che un amico grato del favore all'altro amico gli dà o si obbliga a dargli qualche cosa.

§ 840. Il terzo principio è che nel deposito passa la sola custodia, non il dominio, nè l' uso. *Deposito nec dominium nec usus sed sola custodia transfertur* fr. 1. pr. 16. 3 (4).

Onde segue che il deponente può ritirare in qualunque momento la cosa, anche quando nel deposito si fosse stabilito un termine perchè si presume che lo si sia stabilito per favore del deponente fr. 1. § 22. 45. 46 *depositi* 16. 3 (5). Segue del pari che dovendo il depositario custodire la cosa, egli non può farne uso senza il consenso espresso o presunto del deponente § 6 *Inst. de obligationibus quae ex delicto nascuntur* 4. 4. (6). Ma se vi è il consenso e si tratti di cosa fungibile, si ha il mutuo: e se si tratti di cosa non fungibile si ha il comodato fr. 24 e 26 § 1 *depositi* 16, 3. Però il deposito si converte in mutuo o commodato appena comincia l'uso fr. 1. § 34 *depositi* 16, 3, e ciò è importante pel *periculum rei*, cioè per le conseguenze del caso. Vi è poi il consenso presunto quante volte si dia in deposito una cosa fungibile senza che sia chiusa o sigillata. In tal caso il depositario può usare della cosa, anche quando il deponente non gli abbia detto che potesse usarne, e il deponente deve contentarsi di ricevere poi altrettanto del medesimo genere e qualità. La ragione che ne danno i Giureconsulti è che le cose fungibili non sogliono ammettere prezzo di affezione.

(1) Teoria uniforme, art. 1837.
(2) Teoria uniforme art. 1103, 1837, 1570.
(3) Teoria uniforme, art. 1844 n. 2.
(4) Teoria uniforme, art. 1835.
(5) Teoria uniforme art. 1860.
(6) Teoria uniforme art. 1846.

Digitized by Google

Per codesti casi di consenso espresso o presunto nell' uso della cosa, il deposito è detto *irregolare*.

§ 841. Il quarto principio è che il comodo ordinariamente è del deponente, e l' incomodo del depositario. *Commodum ex contractu depositi ordinarie est penes solum deponentem*, onde il deponente deve rispondere della colpa ordinaria secondo le regole generali, e il depositario della colpa concreta, cioè può da costui pretendersi la diligenza che usa nelle cose proprie fr. 32 *depositi* 16 3; fr. 1. § 5 *de obligationibus et actionibus* 44. 7; § 3. Inst. *quibus modis re contrahitur obligatio* 3. 15. (1).

Ma se il depositario siesi egli offerto spontaneamente al deposito, ovvero se il deposito siesi fatto nell' interesse dello stesso depositario, ovvero questi siasi obbligato ad usare della maggiore diligenza, egli deve rispondere della colpa nel grado più rigoroso, e la ragione è appunto in tali circostanze che impongono un dovere di maggiore vigilanza fr. 1 § 6. 8. 9. 35 *depositi* 16. 3; fr. 3. § 2. fr. 5 § 2. *commodati* 13. 6; fr. 4 *de rebus creditis* 12. 1. (2).

§ 842. E dovrà mai il depositario rispondere del caso? *Casum sentit dominus* e ne soffre di regola il deponente. Ma se mai questi abbia concesso al depositario l' uso della cosa depositata, e si tratti di cosa fungibile, il depositario soffrirebbe le conseguenze del caso, tostochè prendesse ad usarne, perchè non si tratterebbe più di un deposito, ma di un mutuo fr. 1. § 34, *depositi* 16. 3. Inoltre la cosa depositata sta a rischio del depositario, il quale risponde del caso, quando il deposito è fatto in sua considerazione e favore. Cosi ad esempio se alcuno volendo fare una compra chieda ad altri danaro a mutuo pel tempo in cui la compra dev' esser fatta, e quegli dovendo partire gli lasci intanto la somma in deposito, colui che ricevè il danaro sarà depositario finchè la compra non sia seguìta, ma risentirà del caso. Fr. 4 *de rebus creditis* 12. 1 (3).

Del pari il depositario risentirebbe del caso, se mai giusta le regole generali, egli si fosse offerto a tener la cosa in deposito fr. 1. § 35 *depositi* 16, 3; ovvero avesse assunta la responsabilità del caso fr. 1. § 35 *eodem*, ovvero fosse in mora, o avesse dato al caso occasione (veggasi quanto è detto al § 310).

§ 843. Resta a parlare delle azioni. Il deposito ha due azioni una diretta e l'altra contraria. La diretta si dà al deponente contro il depositario per la restituzione della cosa con ogni utilità che da essa sia deri-

(1) Il principio è identico, e del pari sono identiche le conseguenze per riguardo alla colpa art. 1835, 1843.

(2) Teoria uniforme per Codice Civile, il quale vi aggiunge anche il caso della rimunerazione, art. 1844.

(3) Teoria uniforme, art. 1820.

Digitized by Google

vata e pel risarcimento del danno fr. 1 § 23 e 24 *depositi* 16. 3 (1). Ma perchè deve di regola il depositario rispondere del danno quando non abbia usato la diligenza che suole adoperare per le cose proprie, ovvero quando abbia commesso danno per dolo, segue che se la cosa fu venduta in buona fede dagli eredi del depositario, il deponente potrà con l'*actio depositi* pretendere da essi soltanto il prezzo che ne ritrassero, o, se questo ancora non fu riscosso, la cessione delle azioni contro il compratore fr. 1. § 47, e fr. 2 *depositi* 16 3 (2).

La restituzione deve farsi nel luogo ove l'oggetto si trova presso il depositario, qualunque sia stato il luogo del deposito, purchè in ciò non intervenga alcun fatto di dolo. *Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est apud quem depositum est: ubi vero depositum est nihil interest*, fr. 12 § 1. *depositi*, 16, 3.

Per altro il deponente ha il diritto di chiedere la restituzione in quel luogo che gli piace, ed anche quando fosse stabilito un diverso punto dove la restituzione avrebbe dovuto farsi, ma sempre la restituzione in tal caso va fatta *suis impensis suoque periculo*, fr. 12 § 1 *ibidem* (3). Che se per patto esplicito si fosse stabilito che la cosa depositata in un luogo si dovesse restituirla in un altro, le spese del trasporto vanno a carico del deponente, perchè in grazia di lui fù fatto il deposito (4).

L'azione contraria poi si dava al depositario contro il deponente, per la indennità, cioè pel risarcimento di danno derivatogli a causa del deposito e per le spese che avesse fatto siano ordinarie che straordinarie, senza che si faccia per queste la distinzione che vedemmo nel commodato, perché il deposito si contrae non a vantaggio del depositario ma del deponente. *Actione depositi conventus, servo constituto, cibariorum nomine apud eundem judicem utiliter experitur* fr. 23 *depositi* 16, 3 (5).

In quanto poi al deposito miserabile, oltre a tali due azioni diretta e contraria, v' era l'azione del doppio nel caso d' infedeltà del depositario, perchè questi mancava al doppio dovere della fiducia e della equità fr. 1 § 1 depositi 16, 3 (6).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1852, 1858, 1939 e 1860.
(2) Teoria uniforme, art. 1851.
(3) Teorie uniformi, art. 1858 e 1859.
(4) Teoria uniforme, art. 1858.
(5) Teoria uniforme, art. 1862-1863.
(6) Non v' è riscontro per Codice civile.

Digitized by Google

Sequestro

§ 844. Sequestro è detto da *sequester* nome proprio della persona proba la cui fede si segue depositando in sue mani la cosa controversa. Fr. 110 *de verborum significatione* 50, 16.

Il sequestro si riduce sempre alla custodia della cosa sequestrata ed ecco perchè nel Digesto e nelle Istituzioni si tratta del sequestro nello stesso titolo del Deposito e si dice che — *singulare depositi genus est sequestrum.*

Il sequestro va distinto in volontario, necessario, e di pegno giudiziale anticipato. Fa d'uopo parlarne distintamente, ed avvertire chè per tecnicismo legale si chiama sequestrante quegli ad istanza di cui si fa il sequestro, sequestrato quegli contro di cui si fa, sequestratario quegli a cui si dà la custodia della cosa (1).

Sequestro volontario e necessario.

§ 845. Il sequestro volontario si definisce: *actus quo res controversa a pluribus qui de ea re litigant tertio qui sequester vocatur, custodienda traditur ut finita lite victori reddatur* (2).

Il sequestro volontario si ha quando una cosa controversa (*res controversa*) si consegna di buon accordo dalle parti a proba persona terza, (*a pluribus qui de ea re litigant traditur*), affinchè questa la prenda in custodia (*custodienda*) e la restituisca al vincitore dopo finita la lite (*ut finita lite victori reddatur*).

Il sequestro necessario si definisce: *actus quo res controversa a judice ex justa causa, aliquando etiam invitis litigantibus, tertio qui sequester vocatur custodienda traditur, ut finita lite victori reddatur* (3).

La spiegazione data alla precedente definizione del sequestro volontario schiarisce anche questa.

La sola differenza è che nel sequestro necessario la cosa si consegna d'ordine del giudice per giusta causa (*a judice ex justa causa*) anche quando tutti i litiganti non lo vogliano, o non lo voglia alcuno di essi (*invitis litigantibus*).

---

(1) Per Codice Civile il sequestro è distinto del pari come in diritto Romano, ma il nome è diverso, poichè va chiamato convenzionale, giudiziario, e conservativo, art. 1869 codice civile, 921 e 924 cod. proced. Civile.

(2) Presso a poco risponde alla definizione che dà il codice civile del sequestro convenzionale art. 1870.

(3) Risponde al concetto degli art. 1875 cod. civile, 921 cod. proced. civ., ma si avverta che oggi non potrebbe il giudice di officio e senza istanza di alcuna delle parti disporre un sequestro, arg. art. 1876, cod. civ. 921 cod. procedura civile.

Digitized by Google

Come si vede, il principio cardinale del sequestro volontario e necessario è quello di mantener salva la integrità della cosa controversa durante la lite.

Possono le parti di buon accordo dare in custodia ad un terzo la cosa controversa, ed allora si avrà il sequestro volontario — Può il giudice disporre il sequestro della cosa controversa ad istanza di un solo litigante o senza istanza d'alcuno, ed allora si avrà il sequestro necessario Fr. 7 § ult. *qui satisdare cogantur,* 2, 8 (1).

Ma il giudice non può dare codesto ordine senza che vi concorra una giusta causa.

È questo il secondo principio regolatore di tale materia, e che è di grande importanza perchè a nessuno senza giusta causa dev' essere strappato, pria della definizione della lite, il possesso di una cosa (2).

Or qual'è questa giusta causa?

Tre sono i casi che rendono giusta la causa, cioè — 1. il pericolo di sottrazione, trattandosi di cosa mobile — 2. il pericolo di dilapidazione, trattandosi di cosa mobile o stabile — 3. il pericolo che per la controversia sulla cosa i cittadini vengano alle armi, o vi sia qualche altra circostanza molto grave arg. fr. 13 § 3 *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7, 1; L. 5. Cod. *quorum appellationes non recipiuntur* 7, 65; fr. 21. § ult. *de appellationibus* 46, 1; fr. 22 § 8 *soluto matrimonio* 24, 3.

Nel concorso di uno o di più di questi casi, il Giudice può, ad istanza di una delle parti o di ufficio, disporre il sequestro della cosa per la quale si litiga fr. 17 *depositi* 16. 3; L. 5. cod. *eodem* 4. 34.

Se non che qual'è la vera e propria natura del sequestro volontario, e quella del sequestro necessario? — La risposta è facile: il volontario è un deposito, perchè volontariamente i litiganti hanno consegnata la cosa controversa al terzo affinchè la custodisca: il necessario non è un deposito perchè non è un contratto, mancando il consenso de'litiganti, ma è però un atto giudiziario che al deposito molto si accosta, che risente cioè della natura del deposito (3).

---

(1) È identico il principio per codice e procedura civile nel sequestro convenzionale e nel giudiziario, e si raccoglie di leggieri negli art. 1870, 1875 cod. civ. 921 cod. proc. civ. Ma si ripete che il giudice non potrebbe disporre di ufficio il sequestro giudiziario senza istanza di alcuna delle parti, arg. art. 1076, cod. civ. 921 cod. pr. civ.

(2) Per codice civile deve anche concorrere la giusta causa, la quale consiste nel pericolo di alterazione, sottrazione, o deteriorazione, art. 921 cod. pr. civ. o quando vi siano altre gravi cause e sia contrastata la proprietà o il possesso della cosa, art. 1875 n. 1 cod. civile. Si ripete che il Giudice ha bisogno della istanza di una delle parti, arg. art. 1876.

(3) La teoria è uniforme per codice civile, tanto è vero che pel sequestro

Digitized by Google

Ma il deposito costituito dal sequestro volontario, e il deposito costituito dall'ordine del Giudice, differiscono in più punti dal deposito propriamente detto.

Le differenze sono le seguenti:

1. Nel deposito ordinariamente passa al depositario la sola custodia, ma nel sequestro, volontario o necessario che sia, passa sempre nel sequestratario non solo la custodia ma anche l'amministrazione della cosa sequestrata, quante volte questa sia capace d'amministrazione, fr. 17. § 1. *Depositi* 16. 3; L. 5. *quorum appellationes non recipiuntur* 7. 65. (1).

2. Il deposito è di sua essenza gratuito, come abbiamo veduto nel § 839, ma il sequestro volontario e il sequestro necessario, non sono gratuiti, perchè il depositario ha diritto al salario o mercede come voglia chiamarsi.

La ragione di codesto salario sta specialmente nell'obbligo che ha il sequestratario di amministrare la cosa sequestrata (2).

3. Il deposito si può fare soltanto per le cose mobili, ma il sequestro volontario o necessario che sia, può farsi tanto pei mobili che per gli stabili fr. 110 *de verborum significatione* 50. 16; L. 5. Cod. *quorum appellationes non recipiuntur* 7, 65 (3).

4. Il deposito si fa sempre di consenso delle parti, ma il sequestro necessario si fa senza consenso, ed anche quando niuno de'litiganti lo voglia (4).

5. Il deposito si può ritirare dal deponente in qualunque tempo, ma nel sequestro, volontario o necessario che sia, la cosa sequestrata non si può ritirare se non dal vincitore della lite e dopo il termine di essa fr. 6 e 17 pr; *depositi* 16, 3 (5).

6. Il deposito non ammette rivoca per cauzione ma il sequestro necessario può essere rivocato, se il sequestrato dia cauzione pel pericolo che lo ha consigliato arg. fr. 7. § ult. *qui satisdare cogantur* 2. 8; fr. 1. § 36 e 37, e fr. 14 *depositi* 16, 3; fr. 5. § 1 *ut legatorum caussa caveatur* 36, 3 (6).

---

convenzionale l'art. 1876 parla di deposito, e nella rubrica del sequestro giudiziario si legge — Del sequestro o deposito giudiziario (sez. III precedente all'art. 1875.)

(1) Teoria uniforme, art. 1835, 1870, 1875, 1876 cod. civile.

(2) Teoria uniforme, art. 1837, 1871, 1872, e 1886 cod. civile.

(3) Teoria uniforme, art. 1837, 1873, 1875 n. 1 cod. civ. 921 cod. proc. civ.

(4) Teoria uniforme, art. 1837, 1875 cod. civ. 921 cod. pr. civ. Ma è necessaria l' istanza di una delle parti pel sequestro necessario. art. 1876 cod. civ. 921 cod. pr. civile.

(5) Teoria uniforme, art. 1860, 1870, 1877 cod. civile.

(6) Teoria uniforme, arg. art. 1860, 1875, 1821, cod. civ. 921, 934 cod. pr. civile.

Digitized by Google

7. Il depositario non è tenuto a restituire la cosa depositata quando venga a scovrire e provi che la cosa sia sua. Il sequestratario per sequestro necessario è invece sempre tenuto alla restituzione, perchè egli detiene per autorità di Giudice, salva però sempre a lui la facoltà di agire in giudizio prima della restituzione affinchè la cosa non vada nelle mani del vincitore (1).

Sequestro per pegno giudiziale anticipato.

§ 846. A bene intendere tale sequestro giova ricordare ciò che abbiamo già detto ai § 527 a 533, cioè che il pegno può aver vita 1° o per convenzione quando si fa un contratto di pegno: 2° o per disposizione di legge, quando questa concede un pegno tacito, cioè pel pagamento delle locazioni e pel trasporto de' mobili: 3° o per ordine del giudice quando si apprendono i beni del debitore affinchè sia pagato il creditore (2).

Quest'ultima specie di pegno si chiamava *pignus judiciale*.

Or il pegno giudiziale o si faceva dopo la sentenza ed in esecuzione di essa, ovvero prima della sentenza quando vi era pericolo che il creditore potesse perdere la garanzia del credito, partendo dal principio che tutti i beni del debitore formano la garenzia de'creditori. Veggansi i § 529 a 533 (3).

A noi importa ora parlare del solo pegno giudiziale che si fa prima della sentenza, essendosi parlato di tutt'altro ne'§ 527 e seguenti.

La definizione è: *executionis quaedam species a qua haud temere inchoandum nisi decreto judicis ex justa caussa*. È una specie d'esecuzione forzosa anticipata su' beni del debitore, la quale esecuzione può farsi soltanto allora che il Magistrato la disponga riconoscendovi giuste cause (4).

Tale pegno giudiziale anticipato è un sequestro fatto nel fine di evitare che il debitore renda preventivamente vana la sentenza che potrebbe pronunziarsi contro di lui, dandogli l'agio di sottrarre o di dilapidare i suoi beni, e togliere così al creditore il mezzo di conseguire il pagamento del credito (Voet Tit. *depositi* § 14).

(1) Teoria uniforme, art. 1861 1876

(2) Queste tre specie di pegno si mantengono identiche anche per cod. civ. e soltanto il pegno legale si è convertito in privilegio. Veggansi note a § 527 a 533 cod. civile.

(3) Quest'ultima specie se è sui mobili in seguito a sentenza o a titolo esecutivo si chiama pignoramento sui mobili (art. 577, cod. proc. civ.) e se è sugli stabili si chiama espropriazione forzosa (art. 659 cod. proced. civ.) Se poi si fa prima della sentenza si chiama sequestro conservativo, (art. 924 codice procedura civile).

(4) Potrebbe questa definizione anche oggi ritenersi a base dell'art. 924 codice proc. civile.

Digitized by Google

Laonde la garenzia del credito è il principio direttivo del pegno giudiziale anticipato. È essenzialmente diverso da quello del sequestro volontario o necessario, il cui principio direttivo consiste nella salvezza della integrità della cosa controversa, ma le conseguenze sono quelle stesse del sequestro necessario.

Dappoichè il giudice non può disporlo senza giusta causa, la quale consiste nel pericolo di sottrazione, o di dilapidazione, o nel pericolo che i litiganti vengano alle armi.

Non è un contratto perchè manca il consenso de' litiganti, ma è un atto giudiziario che risente della natura del deposito. Non è gratuito perchè si deve la mercede al depositario, il quale ha del pari la custodia e l'amministrazione. Si fa su'mobili e sugl'immobili. Si può disporre dal giudice di officio. Non si può ritirare in qualunque tempo (1).

L'unica cosa di singolare che abbia questa terza specie di sequestro è che non solo il giudice può imporre cauzione al creditore sequestrante pe' danni futuri, ma il sequestro è senz'altro rìvocato quando il debitore offra cauzione per quanto deve, per la ragione che esso è diretto soltanto a render sicuri i litiganti, i quali, se abbiano sicurezza per la via ordinaria della cauzione, non possono più pretenderla per la via straordinaria della esecuzione (2).

Azioni

§ 847. Resta a parlare delle azioni.

Qualunque sia la specie di sequestro, delle tre innanzi indicate, dà luogo a due azioni, una diretta e l' altra contraria, e il nome è di *actio sequestraria directa et contraria.*

L'azione diretta pel sequestro volontario e necessario si dà al vincitore della lite contro il sequestratario, affinchè questi gli dia la cosa sequestrata con tutte le utilità (3).

L'azione diretta pel pegno giudiziale anticipato si dà al creditore dopo definita la lite, e si rivolge contro il sequestratario affinchè questi presenti la cosa sequestrata, per la vendita di essa e pel pagamento del debito (4).

L'azione contraria poi si dà al sequestratario contro il vincitore

---

(1) Per codice civile il sequestro conservativo può farsi su' soli mobili, articolo 924 cod. pr. civile.

Le altre differenze e gli altri riscontri notati al sequestro giudiziario si rendono egualmente applicabili pel sequestro conservativo.

(2) Teoria uniforme, art. 928 e 934 cod. proc. civile.

(3) Teoria uniforme, art. 1870, 1877 cod. civile.

(4) Teoria uniforme art. 623, e 930 cod. pr. civile.

Digitized by Google

della lite pel pagamento del salario e per l'indennizzo che gli possa spettare (1).

Pegno ed anticresi

§ 848. Vedemmo nel regime ipotecario a'§ 526 a 533 che tre sono le specie di pegno, cioè convenzionale quando ha origine dal contratto, legale quando ha origine dalla legge, giudiziale quando l'ha dall'ordine del Magistrato, e dobbiamo ricordarci che stiamo discorrendo de' contratti reali, sicchè ci corre obbligo di parlare del solo pegno convenzionale, sciogliendo la riserva fatta al § 533, e riportandoci alla materia ipotecaria pel pegno legale e pel giudiziale, di cui si tenne proposito a' § 528 e 529.

Ora per contratto si può dal debitore trasferire la custodia di una cosa al creditore affinchè questi sia sicuro del pagamento, e allora si avrà il pegno — o si può trasferire dal debitore al creditore non solo la custodia, ma anche l'uso, e allora si avrà l'anticresi — o si può non trasferire nè custodia nè uso, e pattuire invece il diritto del creditore sopra una cosa per sicurezza del pagamento, e allora si avrà l' ipoteca.

Codeste erano le idee de' giureconsulti Romani, i quali ammettevano al pegno, all'anticresi, e alla ipoteca qualunque bene mobile o immobile che fosse, e facevano sorgere dal contratto di pegno, o dal patto di anticresi, o d' ipoteca un diritto reale a vantaggio del creditore sulla cosa obbligata dal debitore per sicurezza del pagamento (2).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1871, 1876, cod. civile.

(2) Anche per Codice Civile se il debitore trasferisce al creditore la sola custodia si ha il pegno art. 1788, 1884 e 1887; se trasferisce custodia ed uso si ha l'anticresi, art. 1891, e se non trasferisce nè custodia nè uso si à l'ipoteca art. 1964.

Ma vi son due gravi differenze dal Diritto Romano — La prima è che il pegno e l'ipoteca si danno per sicurezza del credito art. 1878 e 1964; ma l'anticresi non si dà dal debitore per sicurezza ma per far godere il creditore dei frutti in luogo degl'interessi ch'egli non paga, art. 1891, onde segue che il pegno e l'ipoteca producono diritto reale art. 1879, 1958 n. 6, 1964, e l'anticresi produce diritto personale, art. 1897 — La seconda è che il pegno si costituisce sopra i mobili, art. 1878, l'anticresi sopra gli stabili, art. 1891, e l'ipoteca anche sopra gli stabili art. 1967. La ragione principale per la quale il pegno si è ristretto alle cose mobili, l'anticresi e l'ipoteca si son ristrette agli stabili, e l'anticresi non produce diritto reale, si trova in ciò che il Legislatore odierno ha voluto non impacciare molto nè il trapasso de'mobili dall'una all'altra mano, nè il vincolo reale sugli stabili, e rendere disinvolto e sicuro il credito fondiario. Per maggiori spiegazioni del sistema vigente ci rimettiamo alle note del regime ipotecario al § 526 e seguenti.

Digitized by Google

Tali idee erano semplici e di logica rigorosa. Il creditore vuol esser sicuro del pagamento, e per tale sicurezza era adatto qualunque bene mobile o immobile, e la sicurezza era così forte per quanto sorgeva un diritto reale in favore del creditore. Ma, mentre la sicurezza era sempre la stessa, cioè vi era sempre diritto reale, o il creditore avea la sola custodia della cosa pignorata e vi era il pegno, o aveva la custodia e l'uso e vi era l'anticresi, o non avea nè custodia nè uso e vi era l'ipoteca (1).

Ma il pegno costituiva veramente un contratto: l' anticresi un patto che si aggiungeva al contratto di pegno trasferendosi anche l'uso della cosa al creditore, e come patto aggiunto ad un contratto di buona fede avea tutto il valore. L'ipoteca poi era un patto pretorio; un patto cioè cui diede forza il pretore, val dire un patto che prima della sanzione pretoria non avea valore perchè non rientrava la ipoteca nè tra i contratti nominati, nè tra gl'innominati (2).

§ 849. Ora possono intendersi le definizioni.

Il pegno si definisce — *contractus realis quo res a debitore creditori datur in securitatem crediti ea lege ut soluto debito res in specie restituatur* (3).

Si dice *contractus realis* perchè il pegno non ha esistenza senza il trasferimento della cosa — *quo res a debitore creditori datur in securitatem crediti*, perchè il fine di quella consegna è di dar sicurezza al creditore — *ea lege ut soluto debito res in specie restituatur*, perchè la restituzione deve farsi in specie dopo passato ogni pericolo, cioè dopo il pagamento.

L' anticresi si definisce — *pactum quo creditori usus pignoris loco usurarum conceditur donec debitum solutum fuerit* (4).

Si dice *pactum*, perchè l'anticresi era un patto che si aggiungeva al contratto di pegno—*quo creditori usus pignoris loco usurarum conceditur*, perchè l'anticresi consisteva precisamente nell'uso che il creditore faceva del pegno senza che il debitore avesse dovuto da sua parte dargli interessi della somma avuta — *donec debitum solutum fuerit*, perchè l'uso del creditore non poteva certamente durare dopo che fosse stato pagato.

---

(1) Veggansi le idee esposte nella precedente nota. Non si dovea sagrificare al rigore della logica la necessità sociale che consiglia la massima speditezza nel trasporto de' mobili, la massima certezza ne' pesi reali degli stabili.

(2) Oggi il pegno e l'anticresi sono contratti, art. 1878, 1891. L'ipoteca convenzionale è anche un contratto, art. 1974.

(3) È presso a poco uniforme all'art. 1878, ma il pegno può costituirsi per soli mobili. Detto art. 1878.

(4) È presso a poco identica la definizione dell' anticresi nell' art. 1891, ma l'anticresi è un contratto distinto e separato dal contratto di pegno, art. 1891 versa su' soli stabili art. 1891, e non conferisce diritto reale, art. 1897.

Digitized by Google

Dell' ipoteca fu data la definizione al § 535.

Ma noi quì parliamo de' soli contratti reali, onde rimettendoci per la ipoteca al regime ipotecario, dobbiamo soltanto fermarci al pegno e all'anticresi.

Essendo il pegno un contratto, e l'anticresi un patto di esso, ne segue che i principii di diritto debbono essere comuni al pegno e all'anticresi, e che per quest' ultima si fa soltanto differenza in quanto all' uso che è concesso nell' anticresi, e che è negato nel pegno (1).

§ 850. Ma quanti e quali sono codesti principii?

Essi sono cinque.

Il primo è che il pegno si costituisce con la consegna, e col pegno si dà la sola custodia. *Ex contractu pignoris sola custodia transfertur* § ult. Inst. *quibus modis re contrahitur obligatio* 3. 15. (2).

Di che segue.

a) Che se non vi è tradizione, non vi è pegno. — E in ciò consiste la capitale differenza tra il pegno e l' ipoteca nella quale non v' à consegna (3).

b) Che avendo il creditore diritto alla sola custodia, non può usarne. L' uso del pegno costituisce abuso di esso, e sia che il creditore ne abusi per uso, sia che ne abusi facendone qualche cosa di peggio dell'uso, il debitore ha facoltà di rivocare il pegno (4).

c) Che il caso colpisce il debitore perchè egli resta proprietario del pegno (5).

d) Che non corre prescrizione nè contro il creditore nè contro il debitore durante il pegno. Non corre contro il creditore perchè la prescrizione si fonda sull'abbandono del diritto, e non può ritenersi che il creditore pignoratizio abbia abbandonato il suo diritto quando ha in mano e nel suo possesso naturale la sicurezza del diritto medesimo. Nè corre contro il debitore perchè il pegno è una guarentigia, e come tale un accessorio del diritto, e perciò ne segue le sorti (6).

---

(1) Per Codice civile non sono comuni i principii, al segno che, come abbiamo detto d'innanzi, il pegno conferisce diritto reale, e l'anticresi diritto personale.

(2) Il pegno non si costituisce per Codice civile con la consegna, ma col consenso, art. 1125, 1878, 1882. Il creditore che abbia pattuito il pegno potrebbe oggi far citare il debitore per la consegna. Soltanto senza consegna non sorge il diritto reale, art. 1882.

Col pegno poi si dà la sola custodia, art. 1878.

(3) Per quanto ora si è detto, vi è contratto di pegno anche senza consegna, e soltanto non sorge diritto reale. Fra il pegno seguito dalla consegna e l'ipoteca, vi è la differenza che corre tra il diritto reale costituito dal privilegio sulle cose mobili, art. 1879, 1958 n. 6, e il dritto reale costituito dalla ipoteca.

(4) Teoria uniforme, ma se il creditore abusa del pegno, il debitore può domandare che sia messo sotto sequestro, art. 1887.

(5) Teoria uniforme, art. 1226, 1589, 1631.

(6) Teoria uniforme, arg., art. 2105 e seguenti.

Digitized by Google

§ 851. Il secondo principio è che l'anticresi si costituisce con la consegna, e con l' anticresi si dà la custodia e l'uso in luogo degl'interessi del credito. *Ex pacto antichretico et custodia et usus loco usurarum transfertur* Fr. 11 § 1 *de pignoribus et hypotheius* 20. 1. (1).

Di che segue.

a) Che sono identiche le conseguenze segnate al primo principio nelle lettere a) c) d) (2).

b) Che se il creditore anticretico abusi del pegno, il debitore ha facoltà di rivocarlo (3).

c) Che potendosi per l'anticresi pattuire ovvero non pattuire gli interessi sul capitale che dà il creditore anticretico, accade che se gl' interessi si son pattuiti, i frutti della cosa data in anticresi s'imputano prima sugli interessi e poi sul capitale, e, se non si sono pattuiti, tutti i frutti s'imputano al capitale. Gl'interessi poi potendo essere pattuiti in varia misura, può bene stabilirsi che essi si compensino in tutto o in parte co' frutti (4).

§ 852. Il terzo principio è che il pegno e l'anticresi si danno in sicurezza del credito. *Pignus datur in securitatem crediti* (5). Se il debitore che ha dato la cosa in pegno o in anticresi non paga, il creditore ha la facoltà di far vendere la cosa medesima, e, non trovandosi compratori, può farsela aggiudicare pel giusto prezzo, salva al debitore la facoltà del riscatto fra due anni (6).

È intanto vietato così pel pegno come per l'anticresi il *patto commissorio*, il quale consiste nel patto che il creditore fa col suo debitore di appropriarsi del pegno, quante volte il debitore non paghi

---

(1) Anche l'anticresi si costituisce col solo consenso art. 1125, 1891. Il creditore che abbia pattuito l'anticresi potrebbe oggi far citare il debitore per la consegna.

L' anticresi conferisce al creditore la custodia e l'uso, art. 1891, ma non dà dritto reale, art. 1897.

(2) Vegganssi le note rispettive.

(3) Se il creditore anticretico abusi del fondo datogli, si ricorre alle regole generali, e il debitore può domandare lo scioglimento del contratto, art. 1165.

(4) Teoria uniforme, art. 1891 e 1895.

(5) Il principio è uniforme pel pegno, art. 1878, ma l'anticresi è oggi diretta a godere i frutti in luogo degl'interessi art. 1891.

(6) Per Codice civile le norme son diverse, secondochè si tratti di pegno, ovvero di anticresi. Se non paga il debitore che ha dato un pegno, il creditore ha il dritto di far ordinare giudizialmente che il pegno rimanga presso di lui in pagamento, e fino alla concorrenza del debito secondo la stima da farsi per mezzo de' periti, ovvero che il pegno sia venduto all' incanto, art. 1884 — Se non paga il debitore che ha dato il fondo in anticresi, egli non può rientrare nel godimento dell' immobile, art. 1893, e di più il creditore può costringerlo l pagamento ne' modi ordinarî.

Digitized by Google

nel tempo determinato (1). È codesto un patto contrario alla morale, perchè i creditori vogliono sempre un pegno di prezzo molto superiore al denaro che essi danno, e gli infelici debitori, sia per le urgenze in cui si trovano di aver danaro, sia per la speranza di poter pagare nel tempo convenuto, facilmente perderebbero le loro sostanze, delle quali arricchiscono gli usurai. Ad evitare tale danno fu vietato il patto commissorio, così detto da che il debitore *committit in legem contractus*, val dire va contro la legge del contratto, cioè non paga nel giusto tempo nel contratto stabilito (2).

Ma non è vietata però la vendita condizionale del pegno, cioè il patto che se il debitore non paghi nel tempo stabilito, il pegno resti venduto al creditore a prezzo di stima. In tal caso si ha una vendita sotto condizione sospensiva, e niente vi ha d'immorale, poichè il creditore prende la cosa al giusto prezzo, e se la cosa è stimata in più del credito, il creditore è obbligato a dare codesto dippiù al debitore. Fr. 16 *de pignoribus et hypothecis* 20. 1. (3).

§ 853. Il terzo principio è che si possono dare in pegno ed anticresi tutte le cose che offrano sicurezza. *Pignori dari possunt res omnes quae securitatem praestant*. fr. 9. § 1, *de pignoratia actione* 13. 7. Prestano in generale sicurezza tutte le cose che hanno un prezzo, che possono vendersi, e che possono risolversi in denaro da consegnarsi per pagamento al creditore (4).

Di che segue.

a) Che possono darsi in pegno ed in anticresi tutte le cose corporali ed incorporali, cioè possono darsi in pegno ed in anticresi non solo le cose che si toccano, ma anche i diritti. fr. 11. § 2. *de pignoribus et hypothecis* 20. 1. L. 4. Cod. *quae res pignori* 8, 17. Possono darsi le cose mobili e le cose immobili. Possono darsi le cose proprie e le cose degli altri, quante volte però, trattandosi di cose altrui, vi sia il consenso o la ratiabizione del proprietario, senza di che il pegno non vale, per la ragione che il proprietario può rivendicare la cosa sua, fr. 20 pr. *de pignoratitia actione* 13. 7. Ma in tale caso il creditore può agire per avere un' altra cosa in pegno, anche quando il debitore fosse molto ricco e dicesse che il credito è sempre sicuro, perchè la guarentigia sta più nella cosa che nella persona: *cautio plus in re quam in persona* (5).

---

(1) Il patto commissorio è vietato per Codice Civile tanto pel pegno che per l'anticresi, art. 1884, 1894.

(2) Teoria uniforme, art. 1884 e 1894.

(3) Nè anche oggi per Cod. Civ. sarebbe vietata la vendita condizionale del pegno o del fondo anticretico, art. 1447, 1157.

(4) Il principio oggi vale pel solo pegno, art. 1878. L'anticresi è diretta al godimento del danaro da una parte e de' frutti dall'altra, art. 1891.

(5) Possono darsi in pegno i mobili ed i diritti, art. 1878, 1886. Possono darsi in anticresi gli stabili, art. 1891.

Digitized by Google

b) Può efficacemente darsi un pegno anche per le obbligazioni naturali, purchè sia capace di obbligarsi quegli che dà il pegno. Veggasi quanto è detto a' § 754 e 772 (1).

c) Ma non possono darsi in pegno le cose fuori commercio perchè queste non formano oggetto di obbligazione, e perciò non hanno valore fr. 9. § 1 *de pignoribus et hypothecis* 20. 3. (2).

Nè possono darsi in pegno i diritti litigiosi, perchè per diritto romano questi non si poteano vendere, e non potendosi vendere non poteansi dare in pegno costituendo il pegno una specie di alienazione fr. 3. § 2. *quae res pignori* 8. 37. (3).

§ 854. Il quarto principio è che la restituzione nel pegno e nell'anticresi deve farsi in ispecie. *Soluto debito pignus restituendum est in specie* (4).

Di che segue.

a) Che allora è tenuto il creditore di restituire la cosa data in pegno o in anticresi, quante volte vi sia stato totale pagamento del debito ovvero offerta reale seguita da deposito (5).

b) Che se il creditore dismette la cosa è tenuto ai danni ed interessi (6).

c) Che se il debitore dopo il primo debito per lo quale abbia costituito un pegno o un'anticresi, contragga un altro debito senza pegno e senza anticresi con lo stesso creditore, questi anche quando sia stato soddisfatto interamente del primo debito, ha diritto di ritenere il pegno pel secondo che fosse già divenuto esigibile, nonostante che non vi sia intervenuto alcun patto tra loro.

La ragione è che il creditore arrischia altra somma con facilità quando il pegno è di valore superiore al primo credito, tiene qual-

---

Può farsi un pegno di cosa propria e di cosa altrui se vi è il consenso o la ratiabizione del proprietario, art. ed arg. art. 1883.

Che se si è data in pegno cosa mobile altrui, la quale sia stata rubata o smarrita, il proprietario può revindicarla ne' casi determinati dalla legge, art. 708 e 709.

Se si è dato in anticresi uno stabile altrui, il proprietario può revindicarlo, art. 439. In caso di revindica il creditore avrebbe diritto ad avere altro pegno od altro fondo in anticresi, anche perchè oggi non v'è bisogno di tradizione per la esistenza di tali contratti, art. 1125, 1878, 1882.

E tutto ciò anche quando il debitore fosse solvibile.

(1) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 1899, 1927, 1267 e 1311.

(2) Teoria uniforme per le cose fuori commercio, art. 1116.

(3) Oggi possono darsi in pegno i diritti litigiosi, perchè questi oggi si possono vendere, art. 1546, 1547. Onde il credito litigioso può darsi in pegno, articolo 1881. Sul fondo litigioso potrebbe costituirsi un'anticresi. Argomento da tali articoli.

(4) Teoria uniforme art. 1878, 1891.

(5) Teoria uniforme art. 1888, 1896 e 1259.

(6) Teoria uniforme art. 1885.

Digitized by Google

che cosa in mano che lo assicura, e il debitore si rende più fiducioso ed ardito a cercare altro denaro se già abbia dato pel primo debito un pegno al creditore. Codesta mutua confidenza non deve esser tradita, sol perchè non si è fatto un patto espresso (1).

§ 855. Il quinto principio è che il pegno e l'anticresi sono fatti per comodo di tutti e due contraenti. *Contractus pignoris in utriusque commodum initur.* § ult. Inst. *quibus modis re contrahitur obligatio* 3 15; fr. 5 § 2, *commodati* 13 6.

Di che segue che entrambi debbono prestarsi a vicenda la colpa lieve fr. 5 § 2. *commodati* 13. 6, fr. 25. *de pignoratitia actione* 13.7 (2).

§ 856. Resta a parlare delle azioni.

Il pegno e l'anticresi hanno due azioni, una diretta e l'altra contraria (*actio pignoratitia directa et contraria*). La diretta si dà al debitore per avere la restituzione del pegno, dopo che abbia pagato il debito (3). La contraria si dà al creditore contro il debitore per l'indennità, come per esempio se abbia fatto spese necessarie sulla cosa data in pegno o in anticresi, anche quando questa gli fosse stata rivendicata da altri che ne era il proprietario, come del pari se abbia risentito un danno qualunque (4).

Appendice intorno al mutuo con patto pignoratizio, altrimenti detto patto o contratto pignoratizio.

§ 857. Abbiamo veduto che nell'anticresi, come nel pegno, è vietato il *patto commissorio*, cioè quello, per lo quale non restituendosi dal debitore il danaro nel tempo determinato, il creditore rimanga proprietario della cosa.

Vedremo nella vendita che è permessa farla con patto di ricompra.

Or molto di frequente accade che si voglia far frode alla legge e stipulare un *patto commissorio*, dando al contratto le parvenze di una vendita con patto di ricompra, cioè si simula un patto permesso dalla legge, volendosene in realtà un altro dalla legge vietato.

Specialmente ciò avviene per gli stabili che si danno in anticresi. Un avido usuraio, ad esempio, adocchia un fondo di cui è proprietario un infelice, il quale gli va a chieder danari a mutuo. L'usuraio gli dice che è pronto a dargliene, ma che vuol esser sicuro sui

(1) Teoria uniforme, art. 1888, e 1896.
(2) Teoria uniforme, art. 1224, e 1885.
(3) Teoria uniforme, art. 1878, 1885, 1888, 1892 e 1893.
(4) Teoria uniforme, art. 1885, ed arg. art. 1151, 1152, 1818 e 1862.

Digitized by Google

frutti del fondo ed a patto che questo resti di sua proprietà se il danaro non gli è restituito nel termine prefisso. Poichè tale patto è vietato dalla legge, si forma un contratto di vendita con la facoltà al venditore, che è il debitore, di ricomprare il fondo in quel tempo entro il quale il danaro dovrebb'esser restituito al creditore.

Sempre si trova in tali casi che il prezzo della vendita simulata è assai vile, e si trova che il debitore non si è spogliato all' in tutto del possesso del fondo, o di qualche diritto che accenni a dominio. Dappoichè non trattandosi di vendita, ma di mutuo, il prezzo che si è finto per la vendita, e che corrisponderebbe al capitale degl' interessi del mutuo, si deve mantenere di necessità assai basso; e inoltre il mutuatario che si finge venditore non vuole nel fatto far passare il fondo nelle mani del mutuante, o almeno si riserva de'diritti come ad esempio sul genere di coltura, sulla percezione di determinati prodotti ecc.

La quistione se il contratto seguito sia un mutuo con patto pignoratizio, cioè un' anticresi con patto commissorio vietato dalla legge, ovvero sia una vendita con patto di ricompra, è quistione di fatto, abbandonata all' arbitrio del Magistrato.

Ma il criterio che si ha in pratica per vedere se trattisi dell'uno o dell'altro contratto, è appunto quella manifestazione che, *rebus ipsis dictantibus*, si à nel caso di una finzione, cioè la viltà del prezzo, e la locazione fatta al venditore, ovvero la riserva di costui per qualche atto di dominio.

E tale doppio criterio è assai ragionevole, perchè la viltà del prezzo indica che non vi è stato il prezzo giusto che è proprio della vendita, e l' essere rimasto il fondo presso il venditore a titolo di locazione, o l'esser passato presso il compratore con riserva di atti di dominio da parte del venditore, significa che questi non ha voluto spogliarsi del fondo sopra cui realmente mantiene la sua proprietà, ed ha voluto soltanto dare al finto compratore i frutti del fondo medesimo, o il rappresentativo di essi, cioè la mercede locativa.

Basti così su questo punto, solo avvertendo che quando il Magistrato ritenga che non si tratti di vendita con patto di ricompra, ma di contratto pignoratizio, si seguono le norme dalla legge stabilite per riguardo all'anticresi.

Digitized by Google

CONTRATTI VERBALI

§ 858. I contratti verbali aveano forza per la solennità delle parole. Non è già che non si richiedesse il consenso delle parti per dare vita ad un contratto, ma il solo consenso non bastava a rendere giuridica la obbligazione se non quando il consenso medesimo si fosse verbalmente manifestato nella forma stabilita dalla legge.

Come abbiamo già detto al § 736 la forma più usitata e volgare ne' tempi romani era la *stipulazione*, contratto verbale per eccellenza. Ma per diritto romano antico, oltre alla stipulazione, v'erano pure il *nexum*, la *dotis dictio*, e la *promissio operarum*. De' quali istituti tutti terremo breve parola (1)

§ 859. Il *nexum* era una obbligazione che si facea con le forme della *mancipazione*, cioè col simbolo dell'*aes* et *libra* e con la *nuncupatio*, la quale consisteva nelle parole con cui stabilivansi le condizioni del contratto. Il *nexum* menava alla conseguenza che se il debitore non avesse pagato, avrebbe potuto essere tratto in ceppi dal creditore in sua casa. Era perciò un surrogato di sentenza per arresto personale. Codesta grave conseguenza dell'arresto fu tolta dalla Legge Poetelia Papiria nell'anno 428 di Roma dietro le discordie de' Patrizii e de' Plebei, onde la forma del *nexum* cadde in desuetudine, perchè, tolto l'arresto, ebbe la stessa forza della stipulazione, e perciò ciascuno si tenne a questa ch'era molto semplice. Per l'arresto personale veggasi quanto è detto al § 532.

§ 860. La *dotis dictio* era la dichiarazione di ciò che costituivasi in dote, senza alcuna precedente interrogazione del marito. Mancando la forma della stipulazione, la quale non era perfetta per la mancanza della interrogazione, la *dotis dictio* era un patto che potea non osservarsi. Ma al patto dotale fu data forza dalla Legge, è perciò la *dotis dictio* non ebbe più importanza. Veggasi quanto già è stato esposto a'§ 173 e 736.

§ 861. La *promissio operarum* era la promessa che il servo faceva con giuramento prima della liberazione di prestare delle opere al padrone dopo che fosse stato liberato. Tale promessa non aveva valore, se non si fosse avuto dallo stesso servo un altro giuramento posteriore alla sua libertà.

§ 862. Tutte e tre codeste specie di contratti verbali erano già scomparse a' tempi di Giustiniano. Ma restò sempre ferma la *sti-*

(1) Per Codice Civile la forma verbale non è punto riconosciuta.

Digitized by Google

pulatio, di cui abbiamo già fatto cenno al § 736, e che ora dobbiamo meglio esaminare.

La importanza che essa aveva in Diritto Romano si spiega da che qualunque contratto e qualunque patto divenivano giuridicamente efficaci se si fosse adoperata la forma della stipulazione. Era perciò necessario che vi fosse tutta la esterna apparenza di serietà nel vincolo giuridico che si stringeva, ed era d'uopo d'altro canto che la forma fosse semplice ed alla portata di tutti.

Or la forma riducevasi ad una domanda del creditore con la parola *spondes*, e con la designazione dell' oggetto della obbligazione, e alla risposta del debitore con l'altra parola *spondeo* e ripetendo letteralmente codesta designazione di oggetto.

A tal modo si richiamava l'attenzione delle parti, e si fissava in modo chiaro, breve e rigoroso la obbligazione cui il promittente si soggettava. D'altro canto poteva adoperarsi anche la forma della stipulazione per gli altri contratti riconosciuti dalla legge, e che perciò non avevano bisogno della forma medesima, e ciò nel fine di renderli più precisi e sicuri, per lo che fu detto che il contratto verbale era anche accessorio per la ragione che con esso potevano meglio confermarsi gli altri contratti validi per legge.

Tale forma era detta *stipulazione* da *stipulum* che presso gli antichi significava *fermo*. *Stipulum apud veteres firmum appellabatur*. Inst. § 1. *De verborum obligationibus* 3. 16. La parola stipulazione perciò qui significa un contratto fatto con tutta serietà e fermezza, mediante la interrogazione *spondes* e la risposta *spondeo*.

Colui che faceva la interrogazione, cioè il creditore, si chiamava *stipulante*: quegli che facea la risposta, cioè il debitore, si chiamava *promittente* (1).

Che se si fosse trattato di contratto bilaterale, avrebbero dovuto farsi due interrogazioni e due risposte da ciascuno de' due che veniva ad avere il diritto e che a vicenda veniva ad obbligarsi.

La stipulazione per altro non impediva che i contraenti potessero cercare di acquistar la prova del contratto mediante testimoni e scrittura. Il contratto era valido adoperando le parole *spondes*, *spondeo*, ma per provarlo, laddove fosse stato impugnato, dovea farsi ricorso ai testimoni ed a scritture. Il diritto e la prova di esso son cose distinte (2).

Se non che il rigore di quelle parole *spondes*, *spondeo*, dovè cedere al progresso de' tempi. Le forme adoperate prima dagli stra-

(1) Le parole *stipulare* e *promettere* nel senso preciso del Diritto romano sono ritenute nel Codice Civile. Art. 1128. 1129.

(2) Anche oggi il contratto è ben distinto dalla prova di esso. art. 1098. 1312.

Digitized by Google

nieri, e che per essi soli erano efficaci, cioè: *Dabis, dabo—promittis promitto—fidei tuae erit, fidei meae erit*, si estesero anche a' Cittadini Romani. E si giunse al segno che fu resa valida qualunque forma di domanda e di risposta (Inst. eod. Tit. § 1.) e si dichiarò che dovesse presumersi osservata la solennità delle parole quando le parti avessero ridotto in iscritto la loro convenzione, Inst., § 12 tit. *De inutilibus stipulationibus* 3. 20 (1).

Or la stipulazione era definita *contractus verbalis quo aliquis interrogando, alterum congrue respondentem, obligat ad aliquid dandum vel faciendum.* (2)

Si dice *contractus verbalis* perchè dalle parole determinate dalla Legge veniva il contratto a prendere esistenza; *quo aliquis interrogando alterum congrue respondentem*, perchè le parole dalla legge determinate consistevano in una domanda e in una risposta; *obligat ad aliquid dandum vel faciendum*, perchè ogni contratto si risolve nel *dare* o *fare*, la quale ultima parola comprende anche il non fare.

Ma riducendosi il contratto verbale alla domanda e alla risposta, non potea farsi tra assenti, nè quando alcuno de' contraenti fosse stato muto o sordo, perchè la stipulazione richiedeva la parola viva di entrambe le parti *utroque loquente* § 7. Inst. *de inutilibus stipulationibus* 3, 20, fr. 1. pr. *de verborum obligationibus* 45. 1.

Inoltre la stipulazione, come qualunque altro contratto, richiedeva la capacità de'contraenti.

Onde i Romani adoperavano i servi per le stipulazioni a favore de' muti, de' sordi, e degli assenti, perciocchè acquistando sempre il servo pel proprio padrone, verso cui era ritenuto come cosa, la stipulazione fatta da quello valeva per questo, ed il difetto del senso o della presenza era supplito da quello. Ed ecco come spiegasi che i servi a que' tempi adoperavansi frequentemente ne' civili negozii, e che nel Digesto sta il Titolo *De stipulatione servorum* 45, 3.

Rimane a parlare delle azioni. Dalla stipulazione sorgeva l'*actio certi*, o l'*actio incerti ex stipulatu*, secondochè l'oggetto del contratto fosse stata una cosa certa come una specie o una quantità, ovvero fosse

---

(1) Con l'ulteriore progresso si è, a dir così, maggiormente spiritualizzato il diritto, e per Codice Civile i contratti verbali non sono affatto riconosciuti, dichiarandosi tassativamente che basta il consenso in qualunque modo manifestato art. 1098. 1125. Si eccettua soltanto il deposito che non esiste senza tradizione art. 1837 e che perciò è un contratto reale, e si eccettuano i contratti che non esistono senza scrittura, e che perciò sono contratti letterali. Veggasi nota al § 736.

(2) Questa definizione non ha riscontro nel Codice Civile, perchè oggi non vi sono contratti verbali, ma basta il solo consenso, art. 1098. 1125.

Digitized by Google

stata una cosa incerta come un genere o un fatto. Con tale azione lo stipulante costringeva il promittente a dare ciò che aveva promesso. La stipulazione era contratto unilaterale, perchè una sola parte restava obbligata, mentre, come abbiamo dinanzi avvertito, se mai tutti e due i contraenti si avessero fatta reciproca promessa, la stipulazione doveva ripetersi per entrambi.

CONTRATTI LETTERALI

§ 863. Qualche antico scrittore aveva mosso dubbio se in Diritto Romano esistevano i contratti letterali precedentemente ai tempi di Giustiniano, dappoichè di essi non si fa parola nelle Pandette. Ogni dubbio svanì con la scoperta delle Istituzioni di Gaio, trovate nella Biblioteca Capitolare di Verona. Gaio dice che i contratti dividevansi in reali, verbali, letterali e consensuali, e che i letterali consistevano nei *nomina transcripticia*, Gaj, Com. 3 § 89 e 128 (1).

Andati questi in disuso, Giustiniano regolò il contratto letterale riducendolo al mutuo fatto per scrittura.

Convien parlarne chiaramente e distintamente.

Se facendosi un contratto si rediga dalle parti un atto scritto, si ha la pruova scritta cioè letterale di esso.

Ma codesto scritto può essere richiesto come requisito essenziale del contratto (*ad solemnitatem*, *ad obligationem*), e può invece adoperarsi come solo mezzo di pruova, cioè come un mezzo per lo quale i contraenti possono agevolmente pruovare il contratto, il quale per la sua esistenza non avrebbe bisogno dello scritto (*ad probationem* (2).

Or nel primo caso si avrebbe il contratto letterale, nel secondo caso può aversi un contratto reale, verbale o consensuale.

Resta adunque fermo e fisso che allora può chiamarsi letterale il contratto, quante volte senza le lettere, senza lo scritto, il contratto non avrebbe forza, non avrebbe esistenza (3).

§ 864. Passiamo ora a discorrere del *nomen transcripticium* precedente ai tempi di Giustiniano, e del contratto letterale regolato da lui.

I Romani solevano tenere un registro di entrata e di uscita detto *codex accepti et expensi*. In una rubrica si scriveva giornalmente tut-

---

(1) Per Codice civile esistono i contratti letterali, e si ànno quando non son validi senza che vi sia atto scritto — art. 1053, 1314, 1382, 1978.

(2) La distinzione fra l' atto scritto *ad solemnitatem* e *ad probationem* è ritenuta dal Codice civile. Lo scritto è *ad solemnitatem* negli art. 1053, 1314, 1382, 1978 — è *ad probationem* nell'art. 1341. Ne parleremo di proposito al sistema probatorio.

(3) Teoria uniforme, art. 1053, 1314, 1382, 1978.

Digitized by Google

tociò che si riceveva (*acceptum*): in un'altra rubrica si scriveva tuttociò che si dava e si spendeva (*expensum*) (1). In tale registro si segnavano tutte le entrate e le uscite, cosicchè se uno avesse prestato una somma ad un altro, codesta somma si trovava segnata nella rubrica di uscita del registro del creditore, e nella rubrica di entrata del registro del debitore. Specialmente si aveva riguardo a ciò che era scritto al registro di uscita del creditore, per la ragione che non vi si potea scrivere la partita di uscita, senza il consenso del debitore (Veggasi Ortolan, il quale si riporta a molte autorità nel Tit. 21 Lib. 3 delle Istituzioni).

Da ciò si vede perchè quel contratto si chiamava *nomen transcripticium*. *Nomen* significa credito, *transcripticium* significa la trascrizione che se ne faceva in quei registri.

Or quante volte si fossero date cose dall'uno all'altro, e vi fosse stata quella specie di trascrizione di cui noi abbiamo discorso, si aveva il contratto letterale, cioè si aveva il contratto che prendeva forza dal solo scritto, senza che il contratto medesimo rientrasse nelle altre categorie dei contratti reali pei quali bisognava la tradizione, dei contratti verbali pei quali bisognava la solennità delle parole, e dei contratti consensuali pei quali bastava il consenso.

Così, il mutuo si potea fare per contratto reale consegnando la cosa, ed avendo le pruove di tale consegna; si potea fare per contratto verbale mediante la forma della stipulazione, ed avendo le pruove e della consegna e della fatta stipulazione; e si potea fare per contratto letterale iscrivendolo in que' registri.

Tale iscrizione perciò non era soltanto valevole a pruovare il contratto (*ad probationem*), ma costituiva un requisito essenziale perchè potesse avere esistenza il contratto letterale (*ad obligationem*, *ad solemnitatem*).

Se non che la corruzione e la mala fede vennero aumentandosi in Roma, i debitori non erano fedeli a trascrivere al loro registro la partita di entrata, i creditori molte volte non lo erano nel trascrivere la partita di uscita, onde si cominciò a prendere il rimedio di procacciarsi una diversa pruova scritta del contratto letterale che si fosse formato. Val dire i creditori presero a richiedere dai debitori una specie di ricevuta (*epistola*) della somma che essi davano ai debitori, e la richiedevano da loro quando essi trascrivevano la partita di uscita ne' registri (*nomen transcripticium*).

D' altra parte gli stranieri in Roma, sempre adoperando forme

1) I *nomina transcriptitia* de'Romani hanno qualche analogia co'libri de' commercianti, art. 21 e seg. Cod. Comm. Ma i libri de'commercianti non rendono oggi letterale il contratto.

Digitized by Google

semplici, non facevano contratti con la trascrizione su quei registri, ma invece ne formavano scritture. Se la obbligazione era unilaterale, la scrittura si chiamava *chirographum*, se la obbligazione era bilaterale, la scrittura si chiamava *singrapha*.

Or i Romani presero a prestanza dagli stranieri il *chirographum* e la *singrapha*, ma soltanto come mezzo di pruova, non già come solennità per la esistenza del contratto letterale. Di modo che se mai si fosse fatto un contratto letterale con trascrizione sui registri (*nomen transcripticium*) i Romani pur solevano formare una scrittura per pruovare tale contratto, e solevano ricevere un chirografo dal debitore per poter dimostrare la verità del credito risultante dai registri.

Il contratto letterale che si riduceva al solo *nomen transcripticium*, ferito dalla mala fede sempre crescente per la corruzione che si avanzava, e per la quale si era andato in cerca di rimedii con le *epistolae* e co' *chirographa*, debilitato dal progresso che facevasi nel diritto e che consigliava forme semplici, finì per andare in disuso, al segno che ai tempi di Giustiniano più non esisteva.

§ 865. Il *nomen transcripticium* versava precipuamente sui mutui, cioè sui prestiti di danaro o di altre cose che si consumano coll'uso, e Giustiniano volle appunto pel mutuo dar vita ad un' altra specie di contratto letterale, di cui bisogna far esame.

Si è detto che, per aver la pruova del contratto di mutuo, il creditore soleva avere dal debitore un chirografo. Ma accadeva spesso che quando il creditore faceva citare il debitore pel pagamento, questi diceva di aver bensì rilasciato il chirografo, ma di non aver ricevuto il denaro (*exceptio non numeratae pecuniae*). Di fronte all'azione del creditore, ed a tale eccezione del debitore, quale era la regola di diritto da osservarsi? Il creditore aveva con sè lo scritto, cioè aveva la pruova del suo credito, ed il debitore avrebbe dovuto pruovare che il creditore non gli aveva dato il denaro, dappoichè, siccome vedremo nel sistema probatorio, è principio certo che chi asserisce un fatto, cioè chi dice, deve pruovare (1).

Or da una parte era difficile la pruova di un fatto negativo, e d'altra parte era molto facile che i bisognosi lasciassero un chirografo a qualche scaltro usuraio che sapea tenerlo a bada senza dargli poi il danaro chiesto a mutuo e senza restituire il chirografo.

Per lo che Giustiniano per riguardo al mutuo stabilì una regola contraria al sistema probatorio, cioè dispose, che se alcuno avesse rilasciato un chirografo col quale si fosse dichiarato debitore di un

(1) È principio di Codice Civile che chi dice deve provare, art. 1312 e tale principio vale così pel mutuo come per tutti gli altri contratti, non essendo più riconosciuto il contratto letterale di mutuo stabilito da Giustiniano.

Digitized by Google

mutuo ad altri, avrebbe potuto fra due anni riversare al creditore, cioè al mutuante, la pruova della consegna del denaro: passati però i due anni, il chirografo faceva fede, ed il debitore avrebbe egli dovuto pruovare che il denaro non gli fu consegnato L. 2 ed 8 Cod. *de non numerata pecunia* 4,30. A talchè se il creditore avesse fatto citare il debitore fra due anni dalla data del chirografo, il creditore doveva pruovare la numerazione del denaro, e se lo avesse fatto citare dopo due anni, il debitore doveva pruovare che il danaro non gli era stato numerato. E perchè le ragioni del debitore fossero salve, gli fu fatta facoltà di far citare il creditore per la restituzione del chirografo fra i due anni dalla data di esso, ed in tal caso la pruova della numerazione doveva farsi dal creditore.

Ora si vede in che consisteva il contratto letterale stabilito da Giustiniano.

Passati i due anni dalla data del chirografo che era in mano del creditore, il chirografo, cioè lo scritto rilasciato dal debitore, veniva a costituire un contratto letterale. Val dire si aveva un contratto che prendeva essenza dal solo scritto nel caso che pel mutuo vi fosse stato un chirografo del debitore, e per dippiù fosse trascorso un biennio.

In altri termini, pel mutuo vi potea essere un contratto reale, un contratto verbale, e un contratto letterale. Vi era un contratto reale, quando il creditore avesse pruovato la consegna della cosa. Vi era un contratto verbale quando il creditore avesse pruovato e la consegna e la stipulazione. Vi era un contratto letterale quando il creditore avesse in mano il chirografo del debitore, e fossero trascorsi due anni dalla data di esso. Giustiniano volle pel mutuo dichiarare che allora esisteva il contratto letterale, quando vi fossero tali due requisiti essenziali, cioè il chirografo, e il decorrimento di un biennio. Codesto contratto letterale, come ognun vede, riducevasi a una eccezione che si fece al sistema probatorio, in odio degli usurai, e per la corruzione de' tempi, come traspare dalla L. 7 Cod. *de non numerata pecunia* 4,30, e per correttivo venne disposto che se il creditore provava di aver numerato il danaro, il debitore era condannato nel doppio. Novella 10 Cap. 8 (1).

Altri contratti letterali non vi sono. Nè costituisce un contratto somigliante la eccezione di *non numerata pecunia* che può farsi al suocero dal genero il quale gli abbia rilasciato una ricevuta della dote, di che si è parlato nel regime dotale. In tal caso la quistione era tutta di pruova, e di più tenuta valida la ricevuta dopo l' inter-

---

(1) Per Codice Civile non ha il contratto letterale di mutuo alcun riscontro.

Digitized by Google

vallo di tempo stabilito dalla legge, non sorgeva alcuna obbligazione pel pagamento della dote, ma era dimostrata invece la estinzione dell'obbligo dotale. Veggasi quanto è detto al § 185 (1).

CONTRATTI CONSENSUALI

§ 866. I contratti consensuali sono quelli che prendono forza dal solo consenso, senza che a perfezionarli sia mestieri di consegna della cosa com'è pe' contratti reali, o di parole solenni nella domanda e risposta com'è pe' contratti verbali, o di scrittura com'è pe' contratti letterali (2).

Essendo sufficiente il solo consenso pe' contratti consensuali, segue che in qualunque modo il consenso siesi manifestato, il contratto è sempre valido. Per lo che è bene indifferente che il consenso sia espresso o tacito, secondo le norme generali al § 735.

Cinque sono le specie de' contratti consensuali, cioè: 1. compravendita — 2. locazione — 3. enfiteusi — 4. società — 5. mandato. Ma alla compravendita si accosta molto la permuta, la quale per Diritto Romano era considerata come un contratto innominato, non ostante che gli stessi giureconsulti la chiamassero *permutatio*. Per lo che noi non solo tratteremo distintamente di que' cinque contratti, ma di seguito alla vendita parleremo della permuta (3).

La ragione per la quale que' cinque contratti furono poggiati al solo consenso consisteva nella loro frequenza in società. Non conveniva impastoiarli col rigore de' contratti reali, verbali e letterali, ma lasciarli liberi e spediti con la semplice manifestazione ed accordo delle volontà de' contraenti.

Vendita

§ 867. La compravendita è definita *contractus consensualis de re pro certo pretio tradenda* (4).

Si dice *contractus consensualis* perchè il consenso basta a perfezionarlo, senza bisogno di altre forme — *de re* perchè dev' esservi la

---

(1) Per la odierna eccezione *non numeratae pecuniae* relativamente alla dote, veggasi nota al § 185.

(2) Oggi per tutti i contratti basta il solo consenso, art. 1098 e 1104, meno pel deposito il quale non esiste senza la consegna, art. 1837, e meno alcuni altri contratti pe' quali è necessario lo scritto come requisito essenziale, art. 1314, 1056, 1382, 1978.

(3) La permuta è oggi un contratto nominato, art. 1549 e seg.

(4) Per Codice civile la definizione è presso a poco identica, art. 1447.

Digitized by Google

cosa che si dà col fine di trasferirne la proprietà — *pro certo pretio* perchè dev'esservi il prezzo che il compratore paga al venditore—*tradenda* perchè il venditore è tenuto di consegnare la cosa venduta al compratore, e di garentirgliene la evizione.

Dalla qual definizione segue che tre sono gli elementi che debbono necessariamente concorrere per la vendita, cioè: 1. consenso — 2. cosa — 3. prezzo (1), dei quali elementi noi terremo discorso, soffermandoci pure — 4. ai patti che sogliono aggiungersi al contratto di vendita — 5. agli obblighi del venditore e del compratore—6. al pericolo della cosa venduta — 7. alle azioni.

Consenso

§ 868. Per riguardo al consenso è principio di diritto nella compravendita che essa è perfetta tostochè i contraenti consentano sulla cosa e sul prezzo. Inst. pr. Tit. *de emptione venditione* 3, 24; fr. 35 *de contrahenda emptione* 18, 1; L. 9, Cod. *eodem* 4, 38 (2).

Di che segue che la compravendita come ogni altro atto è viziata pel dolo, per l'errore e per la violenza. Sopra di ciò ci rimettiamo a quanto è esposto nella parte generale ai § 306, 307, 308, soffermandoci soltanto e brevemente sopra alcune particolarità relative all'errore ed alla violenza nel contratto di vendita (3).

§ 869. L'errore, siccome vedemmo al § 306, è essenziale od accidentale, e se è essenziale rende sempre nullo il contratto qualunque questo sia. Ma che accadrà se nella compravendita s'incorra in un errore accidentale? In tal caso bisogna distinguere tra la vendita *ad corpus* o *ad mensuram*. Se *ad corpus*, la mancanza, o l'eccedenza della misura non è mai un motivo per diminuire o aumentare il prezzo, a meno che non vi fosse dolo per parte del venditore. Fr. 13, § 14 *de actionibus empti et venditi*. 19. 1; fr. 45 *de evictionibus* 21, 2. (Voet tit. *de contrahenda emptione* n. 7). Se poi la vendita è *ad mensuram* bisogna distinguere se l'errore sia caduto sulla massima parte della cosa venduta o sopra una parte minima. Se è caduto sopra una parte massima, il contratto è nullo; se sopra una parte minima o sugli accessorii, si pagherà la differenza. Così, ad esempio, se siasi venduto *ad mensuram et non ad corpus* un terreno e si sia detto che è di 1000 ettari, e se ne trovino 100, il contratto è nullo, siccome del pari sarebbe nullo, se se ne trovassero 10000 invece di 1000: ma se sia detto che è di 1000 ettari, e se ne trovino 950, ovvero 1050,

(1) Teoria uniforme, art. 1448.
(2) Teoria uniforme, art. 1448.
(3) Teoria uniforme, art. 1108.

Digitized by Google

il contratto è valido, e il venditore dovrà rivalutare il compratore della differenza o viceversa. Fr. 9, § 1 e 2, Fr. 14, Fr. 41, § 1 e Fr. 45 *de contrahenda emptione* 18, 1; Fr. 13, § 4 e 5 *de actionibus empti et venditi*, 19, 1. La ragione è che nella vendita *ad corpus* si è presa di mira la cosa come sta, e nella vendita *ad mensuram* la cosa è in rapporto alla quantità, per lo che in quest' ultimo caso essendovi un errore nella parte massima, poco o nulla resta della materia, che ha formato oggetto del contratto, e giova addirittura annullarlo, specialmente perchè il consenso non si sarebbe avuto da' contraenti se avessero saputo che così poco rimaneva nell' obbiettivo propostosi. Ma quando l' errore accidentale versi sopra parte minima in più, o in meno, o sugli accessorii, giusto è che il contratto si tenga fermo, perchè l' obbiettivo sul quale si è consentito è salvo quasi all'intutto, e soltanto bisogna tener ragione d'indennizzo per le differenze. Che se invece si fossero per un sol prezzo venduti due fondi *ad mensuram*, e si trovi la quantità maggiore in uno e minore nell'altro fondo, se ne fa la compensazione fino alla concorrenza, ed è salvo il supplemento per la differenza. Fr. 4 in fine, Fr. 22 *de actionibus empti et venditi* 19, 1 (1).

---

(1) Per Codice Civile la vendita è nulla se v' è errore essenziale, seguendosi allora le norme generali ricordate nel § 306.

Ma per l'errore accidentale, bisogna distinguere la vendita *ad corpus*, e quella *ad mensuram*.

Per la vendita *ad corpus*, il venditore deve consegnare la cosa senza alcun riguardo alla misura, art. 1472.

Per la vendita *ad mensuram*, deve in generale consegnare la quantità che si è stipulata nel contratto, art. 1472. Se però la vendita *ad mensuram* riguardi gl'immobili, il Codice fa le seguenti ipotesi:

1. Vendita in ragione di un tanto per ogni misura d'un immobile determinato, di cui la quantità ed il prezzo totale sono indicati nel contratto, art. 1473 e 1474.

Nella vendita di simil natura ogni mancanza od ogni eccedenza di quantità, per poco che sia considerevole, dà ragione ad una diminuzione o ad un aumento proporzionale del prezzo.

2. Vendita di uno stabile determinato o di un corpo di beni, con indicazione della quantità, mediante un prezzo totale fissato dal contratto, ma non in ragione di tanto per misura, art. 1475.

Le vendite di questa fatta non danno luogo a diminuzione o ad aumento di prezzo, fuorchè nel caso in cui la differenza tra la quantità reale e quella che sta indicata nel contratto, produce, avuto riguardo al prezzo totale dell'immobile e degl'immobili venduti, una differenza di valore d'un ventesimo almeno.

Cotale differenza di valore esiste, o vuol essere considerata come esistente, per ciò che v'ha una differenza di quantità d'un ventesimo, allorquando le parti tutte del fondo venduto sono della stessa qualità, ovvero quando esse parti essendo di diversa natura, la quantità di ciascuna di esse non venne indicata se-

Digitized by Google

§ 870. La violenza deve prendersi in senso lato, cioè nel senso di uno che non voglia vendere e che pur vi sia costretto per legge. Vale a dire non solo nel senso di violenza di fatto, ma di violenza di diritto derivante dalla stessa legge.

Per la violenza di fatto, la quale può esser fisica o morale, ci rimettiamo a principii generali esposti al § 308.

La violenza di diritto si manifesta in quattro guise, cioè:

1. per la vendita forzosa per ragione di pubblica utilità;

2. per la vendita forzosa derivante da ragione di necessità o utilità privata;

3. per la vendita forzosa in seguito ad una promessa di vendita;

4. per la vendita da redigersi forzosamente in iscritto cioè quando vi è il patto di formarne una scrittura.

Or per la vendita forzosa per causa di pubblica utilità sono necessarie due condizioni, cioè — 1° che la utilità pubblica fu riconosciuta

---

paratamente. Ma se la quantità di ciascuna delle parti del fondo venne dichiarata specialmente, e tali parti sono d'altronde di diversa qualità, la differenza di valore non segue più la proporzione della differenza di quantità.

Allorquando parecchi fondi vennero venduti con un solo e medesimo contratto, e ad un prezzo unico colla designazione della quantità di ciascheduno, ed avviene che si trovi minor quantità nell'uno e maggiore nell' altro, si fa il compenso tra il valore dell'eccedenza e quello della deficienza di quantità; in guisa che non si faccia luogo a supplemento od a diminuzione di prezzo, se non dove rimanga, dopo siffatto compenso, una differenza di valore d'un ventesimo almeno, art. 1479.

Allorchè si fa luogo, giusta gli art. 1473 e 1475 ad aumento di prezzo per eccedenza di misura, il compratore ha la scelta, o di pagare il supplemento di prezzo cogl'interessi dal giorno in cui fu messo in godimento, ovvero di desistere dalla vendita, art. 1474 e 1476. Egli godrebbe dello stesso dritto di scelta, per causa di deficienza di quantità, qualunque sia l'importare di siffatta deficienza, se avesse comprato l'immobile per destinarlo ad un determinato uso, a cui il difetto di quantità lo rendesse improprio. Il compratore che nell' una o nell'altra ipotesi usa della facoltà di desistere dal contratto, può pretendere, oltre la restituzione del prezzo, quella delle spese del contratto, e per fino i danni ed interessi se vi ha luogo, art. 1477.

Tali regole si applicano sì alle vendite forzate che alle vendite volontarie.

Possono venir modificate e neutralizzate da contrarie stipulazioni. La clausola *senz'alcuna guarentigia di quantità*, stipulata in occasione di una vendita della natura di quelle che sono indicate all'art. 1629, deve essere applicata nel caso eziandio in cui la differenza di misura è d'un ventesimo o più, e trae seco per conseguenza la deroga a siffatto articolo. Lo stesso non avviene, almeno in generale, e salva l'interpretazione delle parti, della formola, *od in circa* la quale venga aggiunta all'indicazione della quantità.

L'azione pel supplemento, e quella per la diminuzione del prezzo, concessa dagli art. 1473 e 1475 devono essere proposte, sotto pena di decadenza entro l'anno, dal giorno del contratto, art. 1478.

Digitized by Google

e dichiarata — 2° che vi sia il pagamento del giusto prezzo precedente alla vendita. La ragione è che l'utile pubblico sovrasta il privato L. 11. 13, e 14 Cod. *de contrahenda emptione* 4.38; L. 1. Cod. *de rescindenda venditione* 4.44 (1).

Per la vendita forzosa a causa di necessità o utilità privata, le condizioni sono anche due, cioè: — 1° che tale necessità o utilità sia riconosciuta dalla legge, come accade quando gl'immobili non potessero comodamente dividersi fra condividenti, pe' beni mobili de' minori che cadono sotto tutela ecc. — 2° che si osservino le modalità e i solenni stabiliti dalla legge. — La ragione è che la necessità s'impone, e nella utilità vi è colligato l'interesse pubblico per la protezione di una classe di deboli, quale ad .esempio sarebbero i pupilli. Veggansi § 248 e 402 (2).

Per la promessa di vendita, si applica la regola generale che chi promette deve mantenere la promessa, purchè siavi stato consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo; cosicchè se vi è stata promessa di una delle parti, essa sola può essere obbligata, se la promessa è stata vicendevole, tutte e due le parti vi son tenute. In entrambi i casi la sentenza del Magistrato tiene il luogo del contratto.

Finalmente per la vendita fatta col patto che debba redigersi un atto scritto, si avrà una diversa soluzione di diritto a seconda delle diverse intenzioni delle parti. Tale vendita si presenta ordinariamente come sottoposta a condizione sospensiva (Arndts *Pandette* § 301), di modo che se mai ad alcuno de' contraenti non piaccia poi di redigerla in iscritto, la vendita si avrà come non fatta. In tal caso i contraenti non hanno veramente consentito, ma hanno differito la conchiusione del contratto al tempo in cui la scrittura sarà fatta se ad esse piaccia di farla. Per altro può bene accadere che il consenso per la vendita si è dato, che il contratto si è perfezionato, e che soltanto per averne la prova i contraenti abbiano pattuito di redigerne una scrittura. In tale ipotesi, la vendita non sarà più condizionata, e se alcuna delle parti non voglia più redigerla in iscritto, ella sarà convenuta in giudizio, e la sentenza terrà luogo dell'atto scritto. La soluzione perciò sarebbe differente in diritto secondochè venga interpetrato il punto di fatto (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 438, il quale per le modalità e procedimenti diversi si rimette a leggi speciali.

(2) Teoria uniforme, art. 290 e 988 codice civile, 816 e seguenti, 883 e seguenti codice procedura civile.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 1448, 1458 e 1462. Ma si avverta che la vendita di stabili non esisterebbe oggi senza lo scritto, art. 1314.

Digitized by Google

Cosa.

§ 871. Per riguardo alla cosa che forma oggetto della compravendita il principio generale di diritto è che può vendersi tutto ciò che è in commercio. Fr. 34. § 1. *de contrahenda emptione* 18. 1 (1).

Fermato questo principio, si trova che la categoria delle cose che stanno in commercio si estende a tre, e del pari a tre quella delle cose che non sono in commercio.

Di vero, sono in commercio e possono vendersi:

1. Le cose che esistono, quelle che possono esistere cioè le future, e le altre che soltanto si sperano. Fr. 7. § 1 e fr. 38 § 1 *de contrahenda emptione* 18, 1.; Fr. 12 *de actionibus empti et venditi* 19. 1. Così, ad esempio, alcuno potrebbe vendere il ricolto di uva che avrà da' suoi terreni nell'anno venturo (*res futura*), potrebbe un pescatore vendere tutto il pesce che si ritirasse da una retata nella quale si potrebbero avere molti o pochi pesci e potrebbe anche non aversene alcuno (*spes*) (2).

2. Le cose incorporali, come sarebbero i crediti, e come sarebbe il diritto ereditario che alcuno avesse già raccolto. Veggasi il Titolo *de hereditate vel actione vendita*. Dig. 18. 4; Cod. 4. 39 (3).

3. Le cose altrui, per le quali resta sempre salvo il diritto del proprietario di rivendicare la cosa sua, ma col contratto di vendita sorge il diritto nel venditore e nel compratore per avere ciò a cui ciascuno si è obbligato, cioè il venditore a dare la cosa venduta non ostante che fosse di altrui, e il compratore a pagarne il prezzo. Che se il venditore non possa dare la cosa di altrui, egli dovrà secondo le regole generali rispondere dei danni ed interessi. Che se poi il venditore abbia consegnato la cosa altrui al compratore ed il proprietario non l'ha rivenduta, il compratore la farà sua dopo decorso il tempo per la prescrizione, a meno che non si tratti di cosa rubata siccome ora vedremo. Fr. 28 *de contrahenda emptione* 18. 1 (4).

(1) Teoria uniforme, art. 1116.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 1116 ed art. 1118.

(3) Teoria uniforme, art. 1538 a 1548.

(4) Per codice civile la vendita della cosa altrui è nulla art. 1459. Ma ciò non impedisce la prescrizione istantanea de' mobili quando questi non sieno stati rubati o perduti e la prescrizione biennale per quelli rubati o perduti art. 707, 708, 709, 2146; nè impedisce la prescrizione decennale pe' compratori con giusto titolo e buona fede in quanto agli stabili, art. 2137, nè la prescrizione trentenaria pe' compratori anche di mala fede art. 2135; nè impedisce che chi ha venduto una cosa a qualcuno, la venda poi ad altri, e questi resta proprietario della cosa mobile di cui ha avuto la tradizione art. 1126, e dello stabile se abbia fatto la trascrizione, art. 1942. Con tante limitazioni, il principio radicalmente diverso vien quasi a svanire.

Digitized by Google

Non sono in commercio, e perciò non possono vendersi:

1. Le cose che al tempo della vendita erano già perite, le cose pubbliche (cioè del demanio pubblico), e le cose per le quali la legge vieta la vendita; come per esempio le carni putrefatte, fr. 6 pr. fr. 15 pr. fr. 35. § 2. fr. 62 § 1. *de contrahenda emptione* 18, 1. (1)

2. Le cose ed i diritti litigiosi, e ciò perchè non conviene adescare la gente alle liti, permettendone la compra per dar persecuzione a coloro che si trovano in esse involti, dal momento che le liti sono sempre un male sociale. L. 2 ed ultima Cod. *de litigiosis* 8. 37 (2).

3. Le cose rubate, al cui proposito conviene fare una distinzione. O il compratore e il venditore sanno che la cosa è rubata, ed in tal caso la obbligazione è nulla. O lo sa il solo compratore e non lo sa il venditore, ed in tal caso il compratore deve pagare il prezzo. nè il venditore resta obbligato ancorchè quegli ne soffra evizione. O lo sa il solo venditore e non lo sa il compratore, ed in questo caso la obbligazione è valida nel senso che il venditore dopo che ha ricevuto il prezzo deve o consegnare la cosa purgata dal vizio, val dire col consenso del derubato, ovvero deve pagare i danni interessi. Vi è poi differenza tra la vendita di cosa rubata e la vendita di cosa altrui, e la differenza consiste in ciò che mentre la vendita della cosa altrui, siccome abbiamo veduto, ammette la prescrizione da parte del compratore, la vendita della cosa rubata non l'ammette. La ragione di tutte codeste distinzioni per la vendita della cosa furtiva, e della differenza tra la vendita della cosa altrui, e la vendita della cosa rubata, è riposta nell' odio che i Romani avevano pel furto. Il vizio accompagnava sempre la cosa rubata, in qualunque mano essa possasse, e la macchia nella cosa non si toglieva fino a che la cosa non fosse tornata nelle mani del proprietario, e non fosse stata da lui lavata — *nec vitium rei furtivae prius purgatur quam res ad priorem dominum redierit* — Fr. 34 § 3. *de contrahenda emptione* 18. 1 (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1116, 1461, 430, 423.

(2) Per codice civile possono cedersi i diritti litigiosi, ma quegli contro cui fu ceduto il diritto, può farsi liberare dal cessionario rimborsandolo del prezzo della cessione con le spese ed interessi. Questo correttivo, che toglie la odiosità alla cessione dei diritti, chiamasi *retratto litigioso*. art. 1458, 1546, 1547, 1548.

(3) Per codice civile le cose rubate possono essere vendute, ma il derubato può revindicarle fra due anni, art. 708, 709, 2246.

Digitized by Google

Prezzo.

§ 872. Per prezzo in generale s'intende tutto ciò che si dà per avere una qualche cosa — *omne id quod pro re aliqua datur* (Einn. Rec. § 907).

Ma per riguardo alla compravendita la parola prezzo non deve prendersi in senso così esteso, ma invece limitarsi alla pecunia numerata, cioè al denaro, essendo prevalsa in diritto romano e ne' tempi posteriori la opinione de' Proculejani, in opposizione a quella de' Sabiniani, di non doversi ammettere che solo danaro, almeno come parte massima del prezzo nella vendita, per non confondere questo contratto con la permuta. Fr. 1. § 1 *de contrahenda emptione* 18. 1; § 2. Inst. *de emptione venditione* 3. 24. (1)

Per lo che non esiste vendita se il compratore non dia danaro.

Che se si dia cosa per aver cosa, si avrà una permuta. Quante volte poi per avere una cosa si dia danaro e si dia anche cosa, si avrà una vendita se il valore maggiore sia danaro, si avrà una permuta se il valore maggiore sia cosa. Qualora il valore della cosa sia pari a quello del danaro, dovrà indagarsi la intenzione delle parti, e nel dubbio dovrà presumersi una vendita, dappoichè dovendo prendersi la presunzione, da ciò che ordinariamente accade, si trova che comunemente abbondano le vendite e sono rare le permute. § 5. Inst. *de emptione venditione* 3. 34; L. pen. Cod: *de rerum permutatione* 4. 64; L. 6. Cod. *de pactis inter emptorem et venditorem*, 4, 54; arg. fr. 6. § 1, fr. 24, § 4 *de actionibus empti et venditi* 19. 1. Che se, posteriormente alla vendita, si pattuisca fra le parti che il compratore possa pagare con altri oggetti, si avrà sempre la vendita. La ragione è che la esecuzione non può immutare il carattere del contratto. Veggasi quanto è detto per la *datio in solutum* al §. 794 (2).

§ 873. Vedutosi in che consiste il prezzo nella vendita, dobbiamo esaminare i requisiti i quali son tre, cioè il prezzo dev'essere vero, giusto e certo (3).

§ 874. *Vero.* — Il prezzo dev'essere reale non derisorio. Se alcuno per due lire vende ad altri un palazzo che costi 10000, la vendita è nulla perchè manca il prezzo, e potrebbe il contratto ritenersi per donazione se tale sia stata la intenzione delle parti. Veggasi quanto è detto al § 321. Che se poi per la cosa venduta abbia il venditore richiesto un prezzo molto vile nel fine di far dono al compratore della

(1) Teoria uniforme, art. 1447 e 1554.
(2) Teoria uniforme, arg. art. 1447 e 1454.
(3) Teoria uniforme, art. 1101, 1131, 1529 e seg. 1454.

Digitized by Google

maggior differenza, come ad esempio quando uno venda ad altri per 1000 un palazzo che costa 10000, è sempre nel fine di beneficarlo, si avrà senz'altro una vendita per la parte almeno corrispondente al prezzo, ed il contratto non può chiamarsi esclusivamente di donazione, ma di vendita e donazione all'un tempo, fr. 2 § 1; fr. 36; fr. 38 *de contrahenda emptione* 18. 1; L. 8 *eodem* 4. 38 (1).

§ 875. *Giusto.* — Per riguardo al giusto prezzo vale innanzi tutto un principio che fa una qualche impressione, cioè che nella vendita il venditore ed il compratore possono burlarsi a vicenda. *In praetio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.* Fr. 16 § 4. *de minoribus 25 annis* 4. 4. (2)

Ma tale principio ha due limitazioni ben gravi. La prima è che lo inganno non deve esser doloso, ma deve consistere in quella certa prudenza economica propria di chi compra e di chi vende (Gotofredo in nota alla L. 8 Cod, *de rescindenda venditione*) (3). La seconda è che la lesione, che ne deriva, non deve essere enorme, cioè non deve sorpassare la meta del giusto prezzo, nel quale caso la vendita può rescindersi. La regola in diritto Romano è generale e riguarda tanto gli stabili che i mobili, tanto l'interesse del compratore che l'interesse del venditore L. 2. Cod. *de rescindenda venditione* 4. 44 (4).

§ 876. *Certo.* — La certezza nel prezzo si ha o in se stessa o per relazione ad altra quantità, ovvero perchè la designazione del prezzo si sia rimessa all'arbitrio di un terzo.

È in se stesso certo il prezzo quante volte i contraenti abbiano stabilito la somma, come per esempio quando alcuno vende la cosa per 10000 lire. È certo il prezzo in relazione ad altra quantità quando i contraenti ad essa si riferiscano, come per esempio: ti vendo questa casa per quanto la comprai, ovvero ti vendo 100 ettolitri di grano al prezzo della mercuriale corrente.

È certo finalmente il prezzo quando si sia rimesso all' arbitrio di un terzo. Ma il terzo stesso dev'essere certo, e deve il terzo medesimo dichiarare il prezzo. Se è incerto non esiste vendita, per la ragione che verrebbe a mancare il consenso in *idem placitum*, come per esempio: ti vendo la mia casa pel prezzo che verrà da altra persona

---

(1) Teoria uniforme, arg. art. 1101, 1131, 1147.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 1529 e 1536.

(3) Teoria uniforme pel dolo principale o incidente art. 1108, 1151.

(4) Oggi consiste la lesione nella metà art. 1529, ma non si ammette lesione pe' mobili art. 1529, e per gli stabili è a solo vantaggio del venditore art. 1536 perchè il Codice ritiene la lesione come una specie di violenza morale in cui per le grandi strettezze il venditore si trovi.

Digitized by Google

stabilito, senza indicar chi essa sia. E se il terzo non vuole o non può indicare il prezzo, la vendita è nulla del pari, perchè la vendita il cui prezzo è rimesso ad un terzo, s'intende fatta sotto condizione che il terzo dichiari il prezzo. § 1. Inst. *de emptione venditione* 3. 24; fr. 7. § 1 e 2 *de contrahenda emptione* 18 1 (1).

Qualora poi il terzo sia bene scelto, ed egli designi il prezzo dovrà starsi a quanto egli dice, ma è sempre salva la rescissione per lesione enorme se egli faccia un prezzo inferiore alla metà fr. 78 e seguenti *pro socio* 17. 2 (2).

Patti che sogliono apporsi alla vendita.

§ 877. I patti che sogliono apporsi alla vendita sono principalmente cinque.

1. *Pactum additionis in diem,* per lo quale il venditore si riserva la facoltà di recedere dal contratto nel caso che entro un termine determinato trovi un acquirente che gli offra condizioni migliori (3).

2. *Lex commissoria o pactum commissorium* con cui le parti pattuiscono che il contratto s'intenderà risoluto se l'una o l' altra non adempia alle proprie obbligazioni (4).

3. *Pactum protimiseos* con cui il venditore stabilisce a suo favore il diritto di essere preferito a condizioni eguali a qualunque altra persona, nel caso che il compratore rivendesse la cosa (5).

4. *Pactum displicentiae* con cui l'una o l'altra parte si riserva per un certo tempo la facoltà assoluta di recedere dal contratto (6).

5. *Pactum de retro-vendendo* , con cui il venditore si riserva di riprendere la cosa venduta mediante la restituzione del prezzo, e il rimborso di certe spese fra un certo tempo (7).

---

(1) Teoria uniforme per cod. civ. il quale aggiunge che può pattuirsi che la scelta del terzo può farsi posteriormente d'accordo tra le parti, purchè sia espresso nella convenzione che non concordando le parti, la scelta venga fatta dal Pretore o dal Conciliatore, art. 1454.

(2) Per la lesione enorme vedi art. 1529 e seguenti.

(3) É retto da principii generali del codice civile, arg. art. 1123.

(4) Teoria uniforme, art. 1165, 1511 a 1513. Oggi, per tali articoli, s'intende tacitamente convenuto questo patto.

(5) È retto da principii generali del codice civile, arg. art. 1123.

(6) È del pari retto da principii generali del codice civile arg. art. 1123.

(7) Teoria uniforme, art. 1515 a 1528.

Digitized by Google

Obblighi del venditore e del compratore.

§ 878. Gli obblighi principali del venditore sono quelli di consegnare e di garentire la cosa venduta: Gli obblighi principali del compratore sono di ricevere la cosa venduta e di pagarla (1).

Parliamone distintamente:

Il primo obbligo del venditore è quello di consegnare la cosa nel luogo in cui si trovava al momento della vendita, sempre quando non siesi diversamente pattuito, fr. 3 in fine *de actionibus empti et venditi* 19. 1, fr. 9 *de eo quod certo loco* 13. 4. (2) Ma se egli avesse dovuto farne la consegna in altro punto, le spese di trasporto vanno a carico del compratore, perchè pel vantaggio di costui si cangia il luogo naturale della tradizione, che è quello dove la cosa sta, fr. 9 *de actionibus empti et venditi* 19. 1; fr. 10 *de rei vindicatione* 6. 1. (3).

La cosa va consegnata spoglia di ciò che il venditore vi avea, *vacua rei possessio*, e così una casa s' intende venduta senza i mobili che vi sono fr. 2 § 1, fr. 3 pr. *de actionibus empti et venditi* 19. 1. Però debbono consegnarsi gli accessorii, e per accessorio s' intende tutto ciò che è destinato al perpetuo uso della cosa venduta, come ad esempio i coverchi de' pozzi. Specialmente ciò che è ligato alla cosa (*fixa vincta*) va sempre compreso nella vendita, quali sarebbero gli specchi attaccati con gesso ecc. fr. 13 § 10, 11 ed ult., fr. 14, 15, 16, 17 18, 38 *de actionibus empti et venditi* 19. 1; L. 13 e 26 Cod. *eodem* 4. 49. I foraggi poi e le biade già tagliate (*ruta caesa*) non vi sono comprese, nè vi è compreso lo sterco (*sterquilinium*) specialmente quando questo siesi raccolto più per venderlo che per alimentare il terreno. Fr. 17 pr. e § 2 e 6; e fr. 38 § 2 *eodem*.

Debbono consegnarsi del pari i frutti pendenti e percepiti dopo il contratto: se si è venduto nel mese di maggio un terreno seminato a grano, il venditore deve rilasciarlo tal quale al compratore, e non può pretendere di fare il ricolto, e se mai il venditore facesse la consegna dopo la messe, dovrebbe dare il grano raccolto al compratore, fr. 13 § 10 *de actionibus empti et venditi* 19, 1; L. 13 e 26 Cod. *eodem* 4. 49. (4).

Dall'obbligo della consegna il venditore non si può dispensar mai, nè potrebbe offrire i danni interessi al compratore in vece della cosa, fr. 11 § 2 *de actionibus empti et venditi* 19. 1. Questi invece può pre-

(1) Teoria uniforme, art. 1462, 1468 e seguenti.
(2) Teoria uniforme, art. 1468.
(3) Teoria uniforme, art. 1467.
(4) Teoria uniforme, art. 1470 e 1471.

Digitized by Google

tendere i danni interessi se la consegna non si è fatta per colpa del venditore fr. 1, pr. e fr. 11 § 9 *de actionibus empti et venditi* 19. 1 (1).

§ 879. Il secondo obbligo del venditore è quello di garentire la cosa venduta (2).

La garenzia è di doppio ordine, cioè per la evizione che può soffrire il compratore, e pei difetti occulti della cosa venduta (3).

Se mai il venditore venda la cosa altrui, il proprietario può revindicarla dal compratore; come del pari se alcuno abbia un diritto reale sul fondo venduto, ad esempio una servitù, può esercitarlo benchè il fondo sia passato in altre mani. Allora si dice che il compratore soffra evizione, onde garenzia per evizione significa garenzia del venditore verso il compratore quando a questo sia ritolta dal vero proprietario la cosa che gli è stata venduta, ovvero quando il compratore debba soffrire un diritto reale altrui e che sia preesistente alla vendita. La parola *evizione* si ripete da che si toglie una cosa da alcuno per mezzo di sentenza. *Evincere est aliquid vincendo auferre* (4).

Or, accadendo evizione, il venditore è tenuto non solo a restituire al compratore tutto o parte del prezzo, secondo i casi, ma a pagargli anche i danni ed interessi, i quali però non si debbono quando il compratore già sapeva che la cosa era di altrui o che vi gravitava un diritto reale, fr. 8. 60, 66 in fine; 67 e 70 *de evictionibus* 21, 2; fr. 13 e 43 *de actionibus empti et venditi* 19. 1 (5).

Per altro è conveniente avvertire che chi riunisce in se il diritto di evincere e il dovere di garentire, non può evincere, perchè questo dovere distrugge il diritto. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Fingasi ad esempio che lo zio di Tizio venda a Cajo un terreno che non è suo, ma è di sua sorella madre di Tizio. Muoiono lo zio e la madre di Tizio e lasciano erede costui. Tizio avrebbe il diritto di evincere come erede della madre, e il dovere di garentire come erede dello zio, e perciò non può evincere, cioè non può revindicare il fondo da Cajo. Egli potrebbe aver con una mano ciò che dovrebbe restituire con l'altra, e ciò non si può. *Dolo facit qui petit quod redditurus est.* Fr. 173 § 3 *de regulis juris* 50, 17 (6).

L'altro ordine di garenzia che deve il venditore è per riguardo ai difetti occulti della cosa venduta. O questa pe' difetti che le sono

(1) Teoria uniforme, arg. art. 1462, 1480, e 1218.
(2) Teoria uniforme, art. 1462.
(3) Teoria uniforme, art. 1481.
(4) Teoria uniforme, art. 1482 e 1497.
(5) Teoria uniforme, art. 1482 e 1486.
(6) Teoria uniforme, arg. art. 1482.

Digitized by Google

inerenti non presta assolutamente alcun uso al compratore (come ad es. quando alcuno abbia comprato l'acqua che esce da una fontana privata per irrigare i suoi campi, e tale acqua è salmastra e brucia il terreno) e in tal caso il compratore ha il diritto di restituire la cosa al venditore e di riavere il prezzo fr. 21, 23, e 25 *de aedilitio edicto* 21, 1.

O la cosa venduta ha tali difetti non apparenti che diminuiscono l'uso in modo che se il compratore gli avesse conosciuti o non avrebbe comprato o avrebbe offerto un prezzo minore (come ad es. quando si vende ad un carrettiere un cavallo che soffre ad un piede e per lo quale non può fare lungo cammino) e in tal caso il compratore ha diritto a riavere tanta parte di prezzo per quanto si sarebbe la cosa pagata in meno, fr. 18 pr. e fr. 61 *de aedilitio edicto* 21. 1.

Nel primo caso si avrebbe l'azione *redhibitoria* da *redhibere* restituire. Nel secondo caso si avrebbe l'azione *quanti minoris*, cioè per ottenere la parte di prezzo che supera la minor somma che sarebbe stata giusta pel difetto scoverto. Tali due azioni aveano breve durata, poichè la prima come rescissoria durava sei mesi, e la seconda un anno; ed erano chiamate edilizie perchè furono gli Edili in Roma quelli che la disposero (1).

§ 880. In quanto poi al compratore, il primo suo obbligo è quello di ricevere la cosa venduta. Se egli manchi, il venditore può costringerlo, e specialmente pe' mobili può fare una offerta reale. Il venditore ha pure il diritto di domandare il risarcimento de' danni, per esempio pel fitto maggiore che abbia dovuto pagare per la locazione protratta del magazzino altrui nel quale si trovavano depositate le cose vendute, o il valore dell'uso del magazzino proprio. Ha pure il diritto al rimborso delle spese fatte per la conservazione della cosa venduta dopo la stipulazione del contratto, come ad esempio le spese di riparazione e di cura degli animali. Fr. 13. § 22. *de actionibus empti et venditi* (2).

§ 881. Il secondo obbligo è quello di pagare.

Il pagamento della cosa venduta sta in perfetta corrispondenza con la consegna. Il venditore ha diritto ad esser pagato quando consegna

(1) Il codice civile tanto per l'azione redibitoria quanto per l'azione *quanti minoris* dà al compratore la scelta di restituire la cosa e riavere il prezzo o di ritenerla e di farsi restituire quella parte di prezzo che sarà determinata dall'autorità giudiziaria, art. 1501. Le azioni medesime debbono proporsi nel breve termine stabilito dall'art. 1505, e non hanno luogo nelle vendite giudiziali, articolo 1506.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 1463 e seguenti, 1151, 1259 e seguenti.

Digitized by Google

Il compratore ha diritto alla consegna quando paga, ovvero quando abbia persuaso il venditore ad aver fede in lui come per esempio pattuendo una dilazione o un pagamento a rate. La cosa è chiara perchè se un diritto sorge per l' adempimento di un obbligo, non può il diritto esercitarsi senza avere adempito all'obbligo medesimo.

Da tali principii discendono importanti conseguenze.

La prima è che, non ostante che il contratto di compra-vendita si perfezioni col solo consenso, ed anche quando il venditore abbia consegnata la cosa al compratore, il dominio della cosa venduta non passa dal venditore al compratore fino a che questi non abbia pagato o non abbia ottenuto dilazione. Ond' è che il venditore ha diritto di riavere la cosa, se non si vede pagato fr. 19 *de contrahenda emptione* 18. 1.

La seconda è che se il compratore non offre il prezzo, o se il venditore non segue la fede di lui, non ha diritto a domandare la consegna fr. 11. § 2; fr. 13 § 8 e 9 *de actionibus empti et venditi.*

La terza è che il venditore non ha diritto ad esser pagato, se il compratore possa dirgli che la cosa non gli è stata consegnata (*exceptio rei venditae non traditae*) fr. 25 *de actionibus empti et venditi.* Regolarmente è il compratore quello che dev'essere il primo a soddisfare il suo obbligo di pagare, per lo che il venditore può, anche prima della tradizione far citare il compratore affinchè pagando o depositando il prezzo, prenda la consegna della cosa venduta, fr. 1 § 3 *de periculo et commodo rei venditae et traditae* (1).

---

(1) La teoria è uniforme e pel principio e per le conseguenze, art. 1469, 1512, 1513, e 1165.

Inoltre per codice civile vengono determinate delle norme speciali e tassative secondochè si tratti di vendita di stabili o di mobili.

Per gli stabili è dichiarato nell'art. 1511 che la condizione risolutiva espressa o tacita, che si verifica per l'inadempimento degli obblighi del compratore non pregiudica a' terzi che hanno acquistato diritto sopra gl'immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di risoluzione.

Pe' mobili poi l'art. 1512 stabilisce che lo scioglimento della vendita ha luogo di diritto nell'interesse del venditore, ove il compratore, prima che sia scaduto il termine stabilito per la consegna della cosa, non siasi presentato per riceverla, od anche, presentandosi per riceverla, non ne abbia contemporaneamente offerto il prezzo, salvo che pel pagamento di questo fosse stata convenuta una maggior dilazione.

Inoltre è sanzionato nell'art. 1513 che se la vendita fu fatta senza dilazione al pagamento, il venditore può eziandio in mancanza di pagamento rivendicare le cose mobili vendute, sinchè queste si trovano in possesso del compratore, od impedirne la rivendita, purchè, la domanda per rivendicarle venga proposta entro i quindici giorni dal rilascio, e le cose si trovino in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna.

Il diritto di rivendicazione non ha però effetto in pregiudizio del privilegio

Digitized by Google

§ 881. A compimento di codesti obblighi del venditore e del compratore giova ricordare il principio di diritto che i patti oscuri ed ambigui s'interpetrano contro il venditore. Fr. 172 *de regulis juris* 50. 17; Fr. 21 e 33 *de contrahenda emptione* 18. 1; fr. 39 *de pactis* 2. 14. La ragione è che nella vendita il vero obbligato è quegli che sborsa il danaro non quegli che consegna la cosa venduta. È di assai più peso dar danaro che dar la cosa (1).

Del pericolo e del comodo della cosa venduta

§ 882. Per pericolo della cosa venduta s'intende il caso per lo quale la cosa venduta perisce o venga a deteriorarsi, e per commodo s'intende ogni utilità che dalla cosa venduta proviene.

Or è regola di diritto che nella vendita il pericolo ed il comodo passano subito nel compratore, non ostante che il venditore non ne abbia fatta la tradizione, ed abbia ancora la cosa venduta nelle sue mani. Così, per esempio, se alcuno ha venduto ad altri un cavallo, e il compratore ha detto che andrebbe a prenderselo il giorno appresso e nel corso della notte il cavallo se ne muore, la perdita va a danno del compratore, il quale dovrà pagare il prezzo pattuito non ostante che il cavallo non gli sia stato consegnato. Così del pari, se alcuno abbia venduto ad altri una casa da lui abitata, e prima di consegnarla al compratore si scovre in essa un tesoro, questo spetterà al compratore. È adunque regola certa e ferma che tanto il pericolo quanto il comodo della cosa venduta, passano subito al compratore tostochè i contraenti abbiano consentito sulla cosa e sul prezzo, vale a dire tostochè si sia fatto il contratto senza che vi sia stata ancora la tradizione. § 3 Inst. *de emptione venditione* 3, 26; fr. 8 pr. *de periculo et commodo rei venditae* 18. 6 (2).

Se non che parlando noi dei modi di acquistare la proprietà al § 407 e seguenti, abbiamo veduto che per diritto romano il dominio non si trasferiva senza la tradizione, abbiamo veduto cioè che per trasferirsi il dominio dall'uno all'altro contraente, dovevano con-

---

accordato al locatore, quando non sia provato che al tempo dell'introduzione dei mobili, che forniscono la casa o il fondo locato, egli fosse informato che ne era ancora dovuto il prezzo, art. 1513, cap. 1.

(1) Si può appoggiare tale principio agli art. 1137 e 1447 cod. civ.

(2) Per codice civile la proprietà passa sempre col solo consenso e senza bisogno di tradizione, non solo per la vendita, ma per ogni altro contratto, articolo 1125, e perciò si ha per la vendita il sistema romano, senza che per la vendita medesima vi sia teoria differente dagli altri contratti, com'era per diritto romano, art. 1125, 1480, 1298, 1151, 1219, e 1224. Vegganși le note a'§ 407 e seguenti.

Digitized by Google

correre il titolo ed il modo di acquistare, cosicchè se mai la cosa fosse perita dopo il contratto e prima della tradizione, la perdita andava a danno di chi non aveva ancor fatta la consegna, e non a danno di chi ne aveva fatto l'acquisto, per la ragione che fino al momento in cui la consegna non si fosse fatta, il dominio non passava dall'uno all'altro contraente; mentre per aversi il dominio bisognava anche la tradizione.

Or come mai i Giureconsulti Romani stabilirono una regola così contraria in quanto alla vendita? Come mai per la vendita la cosa periva a danno del compratore e non del venditore, tostochè si era perfezionato il contratto col solo consenso e senza la tradizione, e negli altri casi la cosa periva a danno del proprietario e non dell'acquirente se la tradizione non si era ancor fatta? La ragione più plausibile che se ne dà è quella che sulla vendita, il venditore deve una specie determinata, qual'è la cosa venduta, ed è regola di diritto che quando alcuno deve una specie determinata ed essa perisca, il debitore è liberato.

La ragione poi per riguardo al comodo è che se il pericolo è a danno del compratore, è troppo giusto che a suo vantaggio sia anche il comodo cioè la utilità che provviene dalla cosa venduta, essendo regola di diritto che là dove si trova l'incomodo deve aversi anche il comodo se ve ne sia (1).

§ 883. Ma quel principio di diritto per lo quale il pericolo ed il comodo passano subito e prima della tradizione al compratore, soffre cinque eccezioni.

La 1ª è che la perdita va a danno del venditore e non del compratore, quante volte sia dipesa dal dolo, o dalla colpa di quello. § 3. Inst. *de emptione venditione* 3. 26. Così se uno ha venduto ad altri un cavallo, e prima di consegnarlo lo abbia ucciso, ovvero gli abbia fatto sostenere lungo e disagiato cammino, per lo quale il cavallo è caduto malato e poi è morto, la perdita deve stare a carico del venditore (2).

La 2ª eccezione è, se il venditore abbia nel contratto di vendita accollato a sè il caso fortuito che accadesse prima della tradizione. In questo caso vi sarebbe un patto e bisogna rispettarlo, fr. 1 pr. *de periculo et commodo rei venditae* 18, 6 (3).

(1) Dal momento che il sistema vigente è uniforme al romano, cioè che per la vendita il dominio passa all'istante dal venditore al compratore, e senza bisogno di tradizione, la ragione è oggi anche la stessa e soltanto si è generalizzata. Veggansi note al § 407 e seguenti ed articoli ivi ricordati come pure gli art. 506 e 1298.

(2) Teoria uniforme, art. 1125, 1480, 1298, 1151, 1219, 1224.

(3) Teoria uniforme. V edi gli articoli della nota precedente, ed anche l'art. 1123.

Digitized by Google

La 3ª eccezione è se la cosa sia perita per un vizio preesistente alla vendita. Così, venduto un cavallo, e morto nelle mani del compratore, se mai dall' esame dei visceri si vegga che la morte sia dipesa da antica malattia già esistente al tempo precedente alla vendita, il venditore deve soffrire le conseguenze della perdita. L. 1. ed ultima Cod. *de periculo et commodo rei venditae* 4. 48. La ragione è troppo chiara. La perdita sarebbe dipesa da una causa nella quale è assolutamente estraneo il compratore, e che feriva il solo venditore quando egli ne era il proprietario (1).

§ 884. Resta a parlare delle ultime due eccezioni. Ma per bene intenderle conviene premettere che la vendita può esser fatta puramente e semplicemente e sotto condizione sospensiva o risolutiva (2). Quando la vendita è fatta puramente e semplicemente ovvero sotto condizione risolutiva il pericolo e il comodo passano subito nel compratore per la ragione che la vendita è perfetta, e soltanto nel secondo di tali due casi, cioè verificandosi l'evento preveduto nella condizione, la vendita resterà risoluta.

Quando poi si tratti di vendita sotto condizione sospensiva, la vendita non è perfetta perchè passa dall' un contraente all' altro la sola speranza, onde in tal caso il pericolo e il comodo restano nel venditore (3).

Or è a sapere che per le cose mobili si distingue la vendita pura e semplice da quella fatta sotto condizione del preventivo assaggio (*ad gustum*) come ad esempio ti vendo 100 chili di burro di Milano della qualità che assaggerai (4) — e si distingue la vendita fatta in massa (*per aversionem*), come ti vendo questo mucchio di grano per 100 lire (5) dalla vendita fatta a peso, numero e misura (*ad pondus, numerum, mensuram*) come ti vendo per 100 lire 100 chili di formaggio, per 100 altre lire 100 beccacce, e per 100 altre lire tre ettolitri di grano (6).

Quando la vendita dei generi è con la condizione dell' assaggio (*ad gustum*) essa è sotto condizione sospensiva; quando la vendita dei mobili è in massa (*per aversionem*) la vendita è pura e semplice (7) quando è a peso, numero e misura (*ad pondus, numerum, mensuram*)

---

(1) Teoria uniforme, art. 1498 1504.
(2) Teoria uniforme, art. 1449.
(3) Teoria uniforme per tutti e tre i casi art. 1157, 1158, 1164, 1480, 1298, 1151, 1219, 1224.
(4) Vendita sotto condizione di preventivo assaggio art. 1452 1453.
(5) Vendita in massa, art. 1451.
(6) Vendita a peso, numero, misura, art. 1450.
(7) La vendita in massa è pura e semplice, art. 1451.

Digitized by Google

la vendita è sotto condizione sospensiva. Vale a dire la vendita fatta ad *gustum*, *pondus*, *numerum*, *mensuram*, non s'intende perfetta e divenuta pura e semplice fino a quando la cosa non sia stata assaggiata, pesata, numerata, o misurata (1).

Possono ora intendersi le altre due eccezioni.

4. Se la vendita sia stata pattuita *ad gustum*, il pericolo ed il commodo passano al compratore dopo che egli abbia assaggiata la cosa venduta, e l'abbia trovata di piacere, fr. 34 *de contrahenda emptione* 18. I. (2).

5. Se la vendita sia stata fatta ad *pondus*, *numerum*, *mensuram*, il pericolo ed il commodo passano al compratore dopo che la cosa venduta sia stata pesata, numerata o misurata fr. 35, § 5 *de contrahenda emptione* 18. 1. (3).

La ragione di tali due ultime eccezioni sta in ciò che nella vendita ad *gustum, pondus*, *numerum*, *mensuram*, è inerente la condizione sospensiva, e poichè ne' contratti sotto condizione sospensiva passa dall'un contraente all'altro la sola speranza, sarebbe assurdo che il compratore il quale ha la sola speranza che l'evento si verifichi dovesse risentir danno della perdita della cosa. Invece dopo assaggiata la cosa, dopo pesata, numerata, o misurata, l'evento si è verificato, e il contratto si è ridotto a puro e semplice, e perciò allora ma non prima il pericolo e il commodo passano nel compratore (4).

Azioni.

§ 885. Resta finalmente a parlare delle azioni.

Dalla vendita sorgono due azioni — *Actio empti et actio venditi.*

L' *actio empti* si dà al compratore, il quale abbia già pagato il prezzo, contro il venditore per la consegna della cosa, de' frutti ed accessioni di essa, e pel risarcimento di danni accaduti per dolo o colpa del venditore (5).

L' *actio venditi* si dà al venditore il quale consegnò, o depositò per la consegna la cosa venduta, contro il compratore pel pagamento del prezzo e degl'interessi dal tempo della mora (6).

(1) La cosa venduta col patto del precedente assaggio s' intende fatta sotto condizione sospensiva, art. 1453. Per le vendite a peso, numero e misura, la cosa resta a rischio del venditore fino a che non sia pesata, numerata e misurata, art. 1451.

(2) Teoria uniforme, art. 1452, 1453, 1158.

(3) Teoria uniforme, art. 1450.

(4) Queste ragioni possono ben giustificare gli art. 1450, 1451, 1452, 1453.

(5) Teoria uniforme, art. 1463, 1480, 1219, 1151.

(6) Teoria uniforme art. 1507, 1508, 1509 1151.

Digitized by Google

Alla vendita rientrano l' *actio redhibitoria* e l' *actio quanti minoris*, con le quali il compratore pe' vizii occulti della cosa venduta può restituirla al venditore o dimandare la differenza di prezzo secondo i casi innanzi indicati al § 879 (1).

Permuta

§ 886. La permuta è definita — *contractus innominatus quo quis rem ea lege dat ut pro ea alter aliam de qua convenit reddat* — Si dice *contractus innominatus*, perchè, sebbene la permuta si chiamasse *permutatio* da' Giureconsulti Romani, pure questi non le riconobbero solennemente il nome com' era per gli altri contratti nominati. Rientrava tra gl' innominati, per la ragione che l' un contraente dovea dare all'altro una cosa e si ricadeva perciò nel *do ut des* — (Veggasi § 736) — Si dice *quo quis ea lege dat ut pro ea alter aliam de qua convenit reddat* — perchè la permuta consiste precisamente nello scambio di una cosa con un' altra (2).

§ 887. La permuta ha molta analogia con la vendita, e ne segue in generale le norme.

Ed è giusto , perchè , in sostanza la differenza che passa tra la vendita e la permuta consiste in ciò che nella vendita chi riceve la cosa dà danaro, e nella permuta chi riceve la cosa rende cosa (3).

Nondimeno in più punti di diritto va distinta la vendita dalla permuta.

1. La permuta non ammette il *pactum de retrovendendo*, appunto perchè non vi è stato prezzo. Che se si facesse il patto della restituzione scambievole, non si avrebbe più la permuta, ma un contratto di uso temporaneo della cosa altrui (4).

2. Nella vendita, il venditore deve avere il fine di trasferire la proprietà, ma basta che realmente trasferisca il pacifico possesso di essa, siccome innanzi abbiamo veduto al § 867. Ma nella permuta ciascuno de' contraenti deve trasmettere all'altro il *dominium* della cosa. Donde segue che se uno dei contraenti non sia proprietario della cosa che consegna, non vi sarà realmente permuta e l'altro contraente può dirsi sempre vero proprietario della cosa sua — Fr. 1, pr. *de rerum permutatione*, e può perciò rivendicarla (5).

3. La vendita era perfetta col solo consenso come abbiamo detto

(1) Teoria uniforme, art. 1498 a 1506.
(2) Definizione presso a poco uniforme, art. 1549.
(3) Teoria uniforme art. 1555.
(4) Teoria uniforme, arg. art. 1549, 1551.
(5) Teoria uniforme, art. 1551.

Digitized by Google

al § 867 ma la permuta come contratto innominato non lo era se non con la tradizione (1).

Giova qui ripetere ciò che innanzi dicemmo pel concorso di danaro e di cosa per aver cosa — Se alcuno dà danaro e cosa insieme per aver cosa, sarà permuta se il maggior valore sia della cosa, sarà vendita se il maggior valore sia danaro. Se il valore è pari, bisogna ben valutare la intenzione delle parti, ma se questa resti dubbia s'intenderà fatta una vendita, come quella che è più comune ed ordinaria negli umani negozii — Veggasi § 872 (2).

In quanto poi all'azione non essendo la permuta un contratto nominato, per diritto romano v'era l'*actio praescriptis verbis* per aver la cosa che si dava in cambio dell'altra, frutti, accessioni, e risarcimento di danni accaduti per dolo o colpa di chi dovea far la consegna (3).

Locazione

§ 888. La locazione si definisce *contractus consensualis de usu rei ad certum tempus vel opera pro certa mercede praestandis.*

Si dice *contractus consensualis* perchè la locazione prende forza dal solo consenso — *de usu rei* perchè la locazione delle cose si riduce all'uso di esse e non al passaggio della proprietà nel qual caso si avrebbe la vendita, nè alla custodia, per la quale si avrebbe il deposito — *ad certum tempus* perchè la locazione non è perpetua — *vel opera* perchè oltre alla locazione delle cose, vi è la locazione delle opere, per le quali alcuno si obbliga di prestare all' altro un fatto, un servizio o una qualche opera — *pro certa mercede*, perchè la mercede è il corrispettivo, e se questa non vi è, e si tratti di cose, si avrà un comodato, e se si tratti di opere si avrà o un mandato o una donazione secondo i casi (4).

Come si vede, la locazione, la quale ha sempre per obbiettivo il godimento della cosa o dell'opera altrui, è di due specie, cioè di cose e di opere (5).

La locazione delle cose può essere per i mobili e per gli immobili, e per questi può esser relativa alle case ed ai fondi rustici (6).

(1) Come per ogni altro contratto, oggi basta il solo consenso art. 1550.

(2) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 1554.

(3) Oggi le azioni non hanno nome tecnico, ma esse sono riconosciute, e per la permuta sorge dall'art. 1549.

(4) Tale definizione è riprodotta presso a poco negli art. 1569 e 1570.

(5) Teoria uniforme, art. 1568.

(6) Teoria uniforme, art. 1569, 1571 e seguenti 1608, 1609.

Digitized by Google

La locazione delle opere poi si distingue in *locatio operarum*, e *locatio operis*. La *locatio operarum* si ha quando per una certa mercede si fanno opere illiberali, cioè servizii o lavori mercenarii, val dire quando alcuno obbliga l'opera propria all'altrui servizio (come per esempio è pei domestici), e si ha pure quando alcuno si obbliga al trasporto delle persone e delle cose (come per esempio è pei vetturali, pei nocchieri e simili). La *locatio operis* invece si verifica quando alcuno s'impegna a fare un'opera completa, come ad esempio sarebbe quella di un orefice per un vezzo d'oro ad una sposa, e si ha pure per gli appalti, i quali sono di due specie, cioè — 1° appalti per un lavoro determinato a proprio rischio mediante un prezzo, come quando alcuno si obblighi a costruire ad altri un palazzo, ovvero si obblighi a fare un ponte sopra un fiume mediante un prezzo: 2° appalto per l'esercizio del diritto di esigere una tassa a rischio proprio e mediante un compenso (1).

Se non che in quanto alla locazione *operis* giova accennare che se l'artefice impieghi per l'opera materiali suoi, o impieghi per l'opera materiali suoi nella parte principale, in tal caso non si avrà una locazione *operis*, ma si avrà una vera e propria vendita. Sicchè vi sarà locazione *operis*, quando l'artefice impieghi la sola sua industria senza materiali, o quando l'artefice impieghi la sua industria e parte dei materiali, la quale però non sia la parte principale, fr. 2 § 1 *locati conducti* 19. 2; § 4. Inst. *de locatione conductione* 3. 25. (2).

§ 889. Essendo così diverse le locazioni sono anche diversi i nomi e specialmente di quelli che ricevono il godimento delle cose, o prestano l'opera.

Si chiama *inquilinus* colui che prende in affitto le case; *colonus*, colui che prende in affitto i fondi rustici; *mercenarius* quegli che si obbliga all'altrui servizio; *redemptor* quegli che prende impegno per un'opera determinata; *pubblicanus* chi prende un appalto per l'esazione delle tasse. Fr. 37 *de adquirenda possessione* 41. 2.; Fr. 16 *de verborum significatione*. 50. 16; fr. 22. § 2, fr. 25. § pen., fr. 60 § pen. *locati conducti* 19. 2; fr. 1 *de aestimatoria* 19. 3. (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1627, n. 3. Veggansi le leggi speciali relative agli appalti degli esattori di pubblici balzelli.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 1447, 1627.

(3) Per codice civile i nomi sono i seguenti:

1. Inquilino pei conduttori delle case.
2. Fittaiuolo o affittuario pei conduttori dei fondi rustici.
3. Colono, mezzaiuolo, mezzadro per i conduttori di colonie parziarie, di cui si parlerà in appresso.
4. Operaio, domestico, per chi obbliga l'opera propria all'altrui servizio.
5. Intraprenditore o appaltatore per chi prende un appalto.
6. Esattore per chi prende un appalto di pubblici balzelli.

Digitized by Google

Qui però fa d'uopo avvertire che per la locazione delle cose, cioè dei beni mobili o immobili, è sempre locatore colui che le dà in locazione, ed è sempre conduttore colui che le riceve e ne paga la mercede. Per la *locatio operarum* è locatore colui che presta l'opera propria e riceve la mercede, ed è conduttore quegli al cui vantaggio le opere si fanno e che paga la mercede. In quanto poi alla *locatio operis* vi era un sistema tutto Romano.

Locatore era colui che ordinava l'opera, conduttore era quegli che la faceva. Così, per esempio, se alcuno desse in appalto la fabbrica di un palazzo, locatore sarebbe quegli che dà in appalto, conduttore quegli che prende l'appalto, cioè l' assuntore: locatore è il governo che concede all'esattore l'esazione delle tasse, conduttore è l' esattore.

La ragione che ne davano i Giureconsulti Romani per riguardo a questo invertimento di parti nella *locatio operis*, in modo affatto differente dalla *locatio operarum*, era che il committente cedeva il diritto di far l'opera all'appaltatore o intraprenditore. Spieghiamoci con un esempio: Se io voglio fabbricare un palazzo, posso darne incarico a chi mi pare e piace, e se io lo do ad un architetto questi nel fare l'opera commessagli, ne ricava i frutti cioè la mercede, ed è perciò *conductor operis mei*. Or tale operazione (la fabbrica del palazzo che si costruisce dall'architetto per mio conto, e per lo quale l'architetto riceve la mercede), non resta nella mia proprietà, come è nella locazione, ed il contratto perciò si accosta in tal parte alla vendita, ed ecco perchè i Giureconsulti chiamavano l'appaltatore *redemptor operis* da *redimeere* comprare, per la ragione che chi vuole un'opera ha la facoltà di darne l'appalto a chiunque, il quale col suo appalto viene in un certo modo a comperare quella facoltà.

Più facilmente la teoria s'intende per gli appalti di esazione di tasse. Il Governo, la provincia, i Comuni, che danno in appalto la esazione di tasse cedono il diritto alla tassa, onde quelli sono veri locatori del diritto e gli esattori sono veri conduttori del diritto medesimo (1).

§ 890, Conviene ora vedere quali sono i requisiti essenziali del contratto di locazione.

Questa, sebbene abbia molta analogia con la vendita, pure ne differisce per più rispetti, perciocchè

---

(1) Per codice civile nella locazione delle cose è sempre locatore colui che le dà, è sempre conduttore colui che le riceve e paga la mercede. Per la locazione *operarum* e per la locazione *operis* è sempre locatore quegli che fa o presta la opera; è sempre conduttore quegli in cui vantaggio l'opera si fa e che paga la mercede. Il codice civile non ha riconosciuta la sottigliezza Romana per la *locatio operis*, art. 1570. Veggasi Marcadé all' art. 1710. Egli riporta i motivi del Codice Francese che il nostro codice ha seguito.

a) la vendita è titolo abile a trasferire il dominio, e la locazione dà soltanto il diritto all' uso delle cose, ovvero il diritto a che altri; presti il lavoro a cui si è obbligato.

b) con la vendita si trasferisce il possesso civile, onde il compratore può esercitare azione possessoria, mentre con la locazione si trasferisce il solo possesso naturale, onde il conduttore non può esercitare una somigliante azione ma deve della turbativa fare denuncia al locatore.

c) La locazione ha un tempo prefinito, sebbene per diritto Romano questo elemento non era di essenza perchè la locazione poteva stipularsi a perpetuità fr. 10 cod. *de locato et conducto* 4. 65, mentre nella vendita non può mai esservi limite di tempo, e appena si ammette la facoltà del riscatto.

d) Tutte le locazioni, e specialmente quelle dei fondi rustici e degli appalti, hanno comune il carattere dal rischio, cioè di guadagno o di perdita eventuale, ciò che nella vendita non si riscontra (1).

Meno queste differenze vi è piena analogia tra i due contratti di vendita e di locazione (2). Tre sono i requisiti del contratto di vendita cioè consenso, cosa e prezzo, e gli identici tre requisiti si riscontrano nella locazione. Onde verremo partitamente esponendoli, aggiungendo da ultimo la parte relativa agli obblighi del locatore e del conduttore, e le azioni proprie di questo contratto.

---

(1) Teoria uniforme, art. 1447, 1569, 689 e 1587.

(2) Teoria uniforme, art. 1447, 1569 1570. Ma si avverta che oggi è di essenza la determinazione del termine nella locazione, al cui proposito l'art. 1571, stabilisce che le locazioni d'immobili non possono stipularsi per un tempo eccedente i trent'anni. Quelle che venissero fatte per un maggior tempo s'intendono ristrette ai trent'anni computabili dal giorno in cui ebbero principio. Qualunque patto contrario è di nessun effetto.

Trattandosi di locazione di una casa per abitazione, può pattuirsi che la medesima duri tutta la vita dell'inquilino ed anche sino a due anni dopo.

Le locazioni di terreni affatto incolti, che si fanno col patto di dissodarli e di ridurli a coltura, possono anche estendersi ad un tempo maggiore di trenta, ma non mai oltre i cento.

La ragione di codeste disposizioni è evidente. Una locazione perpetua tiene il luogo di alienazione senza averne i vantaggi, perchè il titolo del possesso non si può mai cangiare.

Una locazione oltre i trenta anni risente di alienazione.

La locazione di case durante la vita di una persona e fino a due anni dopo non presenta codesti inconvenienti per la incertezza che accompagna la durata della vita umana. Pe' terreni incolti poi, si ha il vantaggio di ridonarli all'agricoltura, ed è giusto che il conduttore calcoli sopra una locazione secolare che possa trasmettere a'suoi discendenti.

Digitized by Google

Consenso

§ 891. Questo contratto, come si è d'innanzi avvertito, si forma col solo consenso, ma se mai si fosse tra le parti convenuto di redigerne un atto scritto, è all'intutto applicabile la regola stabilita per la compravendita di cui si è parlato al § 870, cioè o l'atto scritto è preso come condizione sospensiva per riguardo all'esistenza stessa del contratto, e in tal caso questo non esiste se a qualcuna delle parti non piaccia di redigere l'atto in iscritto. O invece questo non è stato preso dalle parti come condizione sospensiva, ma invece come mezzo di pruova del contratto di locazione già perfetto, e in tal caso il contratto regge, e se una della parti si rifiutasse a formare la scrittura, la sentenza del magistrato ne terrebbe luogo. Fr. 17. Cod. *de fide instrumentorum* 4. 21 (1).

§ 892. Possono dare in locazione tutti coloro che possono consentire e disporre delle cose proprie.

Possono ricevere in locazione tutti coloro che sono capaci di obbligarsi. Ma per diritto romano era vietato al alcuni per necessità, ad altri per utilità, e ad altri per privilegio, di potere essere conduttore. Per necessità era proibito ai decurioni di prendere in locazione fondi rustici per non distrarli dalle cure del loro ufficio. Per pubblica utilità era proibito ai militari ed ai chierici di prendere in affitto fondi rustici, perchè ciò non era consentaneo col loro grado; come pure era vietato ai curatori ed ai tutori di prendere in affitto i beni del Fisco, per la ragione che trovandosi sotto ipoteca tacita legale i beni dei tutori e dei curatori, ed avendo il Fisco anche ipoteca tacita legale pei suoi affitti, molte volte i beni non sarebbero stati sufficienti a poter pagare interamente i pupilli ed il Fisco. fr. 30 e 31. Cod *de locato et conducto* 4. 65; fr. 39 pr. § 1. *locati conducti* 19. 2; L. un, Cod. *ne tutor vel curator vectigalia* 5. 41. Finalmente per privilegio era vietato a coloro i quali esercitavano arti strepitose, come fabbri ferrari, calderai ecc, di prendere in affitto case prossime a quelle dei letterati. Ma per verità codesto privilegio non ha una solida base nella Legge unica Cod. *de studiis liberalibus* 10. 18 sopra cui i Dottori cercano appoggiarlo (2).

---

(1) Teoria uniforme, arg. art. 1158, 1568. Ma oggi è sempre necessario l'atto scritto per le locazioni eccedenti i nove anni, art. 1314.

(2) Per codice civile il principio è identico, ma non vi sono i divieti stabiliti dal diritto Romano.

Il tutore non può senza il consenso del Consiglio di Famiglia prendere in affitto i beni del minore art. 300, ma il divieto pei tutori e curatori di pren-

Digitized by Google

Il conduttore intanto può a sua volta divenir locatore sublocando la cosa ad altri, purchè nel contratto di locazione non gli sia stata inibita tale facoltà, fr. 11 § 5 *de pignoratitia actione* 13. 7; fr. 7 e 24 § 1 *locati conducti* 19. 2. È poi indifferente se la sublocazione si faccia per tutta o parte della cosa locata fr. 5 § 9. *de his qui effuderint vel dejecerint* 9. 3; fr. 30 *locati conducti* 19. 2 (1).

Cose.

§ 893. Possono locarsi tutte quelle cose che possono vendersi, ed anche le altre che non si possono vendere, purchè ne sia in commercio il godimento, come per esempio le piazze ad occasione di una fiera, i bastioni di una fortezza per raccogliere le erbe, i beni dotali e simili (2).

Non possono però locarsi le cose fungibili, come l'olio, il vino, ecc., poichè dovendosi consumare, si farebbe una vendita o un mutuo e non una locazione, per la quale è concesso il solo uso. Si eccettua però il caso in cui la locazione si facesse *ad pompam*, e con obbligo di restituzione in ispecie, e così ad un caffettiere potrebbero locarsi 100 bottiglie di rosolio per tenerle in mostra e farsi credere ben provvisto, poichè in tal caso l'uso consisterebbe precisamente nella pompa. Fr. 3 § 6 *commodati vel contra* 13. 6 (3).

Per riguardo poi alla locazione delle opere, è regola che possono locarsi le sole opere illiberali cioè meccaniche, che siano lecite, che ammettano una stima a contanti, e che abbiano un limite determinato di tempo, non potendo mai esser perpetue, *quia jus libertatis non debet infringi*. Tali sono le opere che si fanno in qualità di domestico o di operaio a giornata, fr. 71. § 2 *de conditionibus et demonstrationibus* 35. 1; arg. fr. 26 *de verborum obligationibus* 45. 1; Inst. § 1 e 4 *de locatione conductione* 3. 25.

Non si riconosce locazione nell'esercizio di arti liberali e che sono il prodotto dell'ingegno, come per esempio per quelle di Avvocato, di Professore di scienza ecc. La ragione che ne danno i Giureconsulti Romani è che si può dare onore al merito retribuendolo in un

---

dere in affitto i beni dello Stato, oggi non vi è, perchè i tutori debbono dar cauzione per la quale si concede ipoteca legale, art. 292, 1969 n. 3 e lo Stato pei contabili ha privilegio su valori dati per malleveria, art. 1958 n. 11.

(1) Teoria uniforme, art. 1573. Ma il Codice aggiunge che il subconduttore non è obbligato verso il locatore che sino alla concorrenza del prezzo convenuto nella sublocazione, del quale sia debitore al tempo della intimazione della domanda, senza che possa opporre pagamenti fatti anticipatamente, art. 1574.

(2) Teoria uniforme, art. ed arg. art. 1116.

(3) Teoria uniforme art. ed arg. art. 1569.

Digitized by Google

qualche modo, ma non pagarlo con prezzo a giusta stima perchè si è in tal caso sopra un campo tutto morale e non materiale, e sopra cose per le quali la valutazione precisa è impossibile. Così ad esempio è per un Avvocato che si consacra alla direzione e alla difesa ne' difficili sentieri del giusto, pel Professore che insegna la scienza a' discepoli ecc. Fr. 1. *si mensor falsum modum dixerit* 11 5; Fr. 6. Pr. *Mandati* 17. 1.

Onde tra l'avvocato ed il cliente vi è il contratto di mandato, tra il Professore ed il discepolo il contratto innominato *facio ut des* (1).

Prezzo o mercede

§ 894. Il terzo requisito finalmente è il prezzo.

Il prezzo nella locazione di regola deve essere in danaro, e se mai invece di dar danaro si dia altro, non si ha più il contratto di locazione. Così, per esempio, se alcuno dia ad altri il godimento di una casa, e per corrispettivo esigga annualmente dieci maiali, non si avrà un contratto di locazione, ma un contratto innominato *do ut des*. E così del pari se un falegname faccia ad un negoziante uno scrigno, e quegli gli dia in ricambio del panno non si avrà una locazione di opere, ma il contratto innominato *do ut facias*. § 2. Inst. *de locatione conductione* 3. 25; fr. 5, § 2. *de praescriptis verbis* 19. 5. (2).

Ma codesta regola ammette una eccezione pel caso in cui la cosa locata sia fruttifera, e si pattuisca per mercede una quantità determinata di frutti L. 21. *Cod. de locato conducto* 4. 65, L. 21 Cod. *eodem* 4. 65. Così, ad esempio, se io ti do in affitto il mio terreno e tu mi darai 10 ettolitri di frumento all'anno, si avrà una vera locazione, anche quando il frumento non fosse quello raccolto nel terreno affittato, e non si avrà la colonia parziaria che risente della società e della quale si parlerà in appresso (3).

La mercede poi deve essere come nella vendita vera, giusta e certa. Vera, altrimenti il contratto degenererebbe in donazione o in mandato. Giusta, nel senso precisato nella vendita, al § 875, vale a dire che i contraenti possono scambievolmente burlarsi vale a dire adoperare la prudenza economica propria degli attenti padri di famiglia, e con la doppia limitazione cioè che non vi sia dolo, e non vi sia lesione enorme oltre la metà. Certa, o in se stessa, o per relazione ad altra quantità, o perchè rimessa all' arbitrio di un terzo secondo che si è detto nella vendita al § 876.

(1) Teoria uniforme, art. 1627, codice civile, 103 e 379 cod. proc. civile.

(2) Teoria uniforme, art. 1569, 1570, 1103.

(3) Anche oggi si avrebbe in questo caso una locazione e non un contratto innominato nè una colonia parziaria, art. ed arg., art. 1569. La giurisprudenza delle Cassazioni rafforza questo concetto.

Digitized by Google

Che se manchi tale certezza, la locazione sarà nulla, purchè il prezzo di locazione non sia stabilito per legge come per esempio il prezzo del biglietto di ferrovia (1).

Obblighi del locatore e del conduttore.

§ 895. Il locatore delle cose ha l'obbligo di consegnare la cosa locata al conduttore, di mantenere tale cosa in istato da poter servire all'uso per cui venne locata, e di fare che il conduttore ne abbia il pacifico godimento per tutto il tempo della locazione. Fr. 7. Fr. 8. Fr. 9 pr. Fr. 13. § 1. Fr. 15. pr. e § 8; Fr. 19. § 2. Fr. 24. § 4; Fr. 25. § 1 e 2 e Fr. 35 *locati conducti* 19. 2; L. 10. Cod. *de locato et conducto* 4. 65 (2).

Il conduttore delle cose ha i seguenti obblighi — 1. Deve pagare il prezzo pattuito (3) — 2. Deve servirsi della cosa locata da buon padre di famiglia e per l'uso determinato dal contratto ed in mancanza di convenzione per quello che può presumersi a norma delle circostanze Fr. 11. § 1 e 2 ed ult. fr. 25. § 3. fr. 30. § 2. *locati conducti* 19. 2 (4). — 3. È responsabile delle deteriorazioni e delle perdite che succedono durante il suo godimento, quando non provi che siano avvenuti senza sua colpa fr. 9. § 4. fr. 25. § 6. fr. 30 § 4. *locati conducti* 19. 2; leggi 28 e 29 Cod. *de locato et conducto* 4. 65 (5) — 4. Deve finita la locazione restituire la cosa nello stato in cui l'ha ricevuta. Vegganse le suddette leggi (6).

Per diritto Romano il conduttore non era obbligato ad alcuna riparazione, e se mai ne avesse fatte di utili o necessarie aveva diritto ad esserne rivalutato, o a farne imputazione al prezzo della locazione, fr. 55. § 1 e fr. 61 *locati conducti* 19. 2 (7).

(1) Teoria uniforme, meno per la lesione, la quale non è ammessa nella locazione, perchè si è riconosciuto che nella locazione v'è alea specialmente per la parte del conduttore. Di più l'incertezza del valore de' prodotti o del godimento della cosa rende eguali le condizioni del locatore e del conduttore, articoli ed arg. art. 1569, 1570, 1580, 1617, 1618.

(2) Teoria uniforme, art. 1575.

(3) Teoria uniforme, art: 1583.

(4) Teoria uniforme, art. 1583 e 1584.

(5) Teoria uniforme, art. 1588, 1589 e 1590.

(6) Teoria uniforme, art. 1585 e 1586.

(7) Il codice civile dispone che il locatore è tenuto alle riparazioni, che possono essere necessarie, ma ne eccettua le piccole che per uso sono a carico del conduttore art. 1576, onde per queste si rimette all'uso locale e per evitare quistioni ne determina parecchie negli articoli 1604, 1605 e 1606. Che se poi il conduttore facesse le riparazioni cui è tenuto il locatore avrebbe egli anche oggi il diritto ad esserne rivalutato, ovvero a farne imputazione nel prezzo di locazione, arg. art. 1145 e 1285.

Digitized by Google

Ma che avverrà se il locatore, trasgredendo al suo obbligo, venda ad altri le cose locate? Il compratore potrà espellere il conduttore? Per principio di diritto il compratore avrebbe tale facoltà per la ragione che il conduttore non potrebbe costringerlo a mantenere l'affitto nè per diritto reale nè per diritto personale. Non ha certamente il conduttore un diritto reale sulla cosa locata. Nè ha un diritto personale verso il compratore perchè non ha mai con lui contrattato, ed il compratore come successore singolare non è tenuto a prestare i fatti del suo autore. Per lo che resta che il conduttore può agire contro il locatore per rifacimento di danni interessi. Veggansi fr. 9 § 1; fr. 13 § ultimo; fr. 25 *locati conducti* 19, 2, L. 9, Cod. *de locato conducto* 4, 65 (1).

§ 896. Vedutisi gli obblighi del locatore e del conduttore *rerum*, dobbiamo vedere quelli del locatore e conduttore *operarum et operis*.

Il locatore *operarum* ha il dovere di fare personalmente i servizii promessi fr. 9. § 1 e fr. 15 § 6 *locati conducti* 19, 2; e il conduttore *operarum*, cioè quello a cui vantaggio i servizii son fatti, deve pagargli la mercede pattuita (2).

Che se si tratti di locazione *operarum* per trasporto, in tal caso non è necessario che il locatore delle opere esegua personalmente il trasporto, ma ha l'obbligo della custodia e conservazione delle cose da trasportarsi, e della esattezza del trasporto e della consegna nel tempo e luogo stabilito, fr. 1. § 8, fr. 3 pr. e § 1, *nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant* 4. 9; fr. 15 § 2, fr. 25 § 6 e 7 *locati conducti* 19, 2 (3).

Il locatore *operis*, cioè il committente di un' opera, deve pagare la mercede stabilita. E il conduttore *operis*, cioè l'assuntore, deve fare l' opera, ma può avvalersi di altre persone, e deve consegnarla al committente fr. 5, § 1. *de verborum significatione* 50. 16 (4). Inoltre il conduttore di opere di fabbrica non è liberato dopo la consegna e l'approvazione, ma durante quindici anni resta obbligato pe' vizii di costruzione L. 8. Cod. *de operibus publicis* 8. 12.

La ragione è che tali vizii non si conoscono presto e vengono a rivelarsi a misura che le fabbriche si consolidano e chi s'incarica di

(1) Il codice civile ferma un principio contrario; cioè che la locazione non si scioglie con la vendita, sia per ragione di equità, sia per la massima. — *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*—sempre quando però vi sia una scrittura autentica o di data certa, ovvero il locatore non siesi riservato il diritto di sciogliere la locazione in caso di vendita, art. 1597.

(2) Teoria uniforme, art. 1570 e 1627.

(3) Teoria uniforme, art. 1630 a 1633.

(4) Teoria uniforme, arg. art. 1627 e 1644.

Digitized by Google

fare un edificio od altra opera notabile, s' impegna di farla bene e secondo le regole dell'arte: *spondet peritiam artis* (1).

§ 897. Obblighi speciali poi derivano da'casi fortuiti nel contratto di locazione e a ben precisarli convien tornare a distinguere la *locatio rerum*, la *locatio operarum* e la *locatio operis*.

Per la prima cioè per la *locatio rerum*, è il locatore quegli che deve soffrire del caso, ed è in tutto il suo rigore applicabile la regola — *res perit domino*. Di che segue che se il conduttore non gode affatto della cosa locatagli, non deve pagare mercede; ma se ne goda in parte, anche in parte la mercede gli va rimessa fr. 15 § 1; fr. 25, § 1; fr. 27 § 1, fr. 33 *locati conducti* 19, 2. Che se il conduttore avrà rinunziato a' casi fortuiti, dovrà egli sopportarli, come si è detto nella teoria generale al § 310 (2).

Per la *locatio operarum* si applica del pari il principio *res perit domino*, nel senso che il locatore, cioè chi deve prestare le opere, non potrà esigere la mercede che in proporzione della prestazione effettuata; e il conduttore, cioè quegli a cui vantaggio le opere si fanno, non potrà pretendere indennizzo fr. 9 § 1, e fr. 15 § 6 *locati conducti* 19, 2. (3).

Per la *locatio operis* finalmente deve presumersi fino a prova in contrario che il danno sia derivato da colpa dell' assuntore quando il danno si verificò prima che l'altra parte fosse in mora a ricevere ed approvare l'opera. Ma se si provi che il danno non sia derivato da colpa dell'assuntore e che invece il lavoro fatto era tale da meritare l' approvazione, ne risponde il committente fr. 36 *locati conducti* 19, 2 (4).

§ 898. Rimane finalmente a conoscere come finisce la locazione. Di regola la locazione delle cose finisce nel tempo determinato dal

(1) Teoria uniforme, ma il Codice restringe il periodo di responsabilità a dieci anni, art. 1639.

Il Codice inoltre per la costruzione degli edifizii stabilisce che l' appaltatore incaricato in conformità di un disegno stabilito e concordato col committente non può aumentare giammai il prezzo per essersi aumentato il valore della mano d'opera o de' materiali, nè per essersi fatte variazioni al disegno, se queste non sono state approvate in iscritto e non se n'è convenuto il prezzo col committente art. 1640. La ragione sta nella massima fondamentale in materia di appalti, cioè che il committente deve ricevere l'opera sol quando è finita, e che l'imprenditore dovrà fare a suo rischio e spese tutto quanto occorre o egli crede occorrere pel compimento dell'opera, siccome quegli che si è obbligato a fare il lavoro per un prezzo fisso e unico conchiudendo quel contratto eminentemente aleatorio, ed esponendosi a gravi perdite o a grandi guadagni.

(2) Teoria uniforme, art. 1578, 1580, 1581, 1617 a 1621, 1648.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 1298 e 1627.

(4) Teoria uniforme, arg. art. 1632 a 1640.

Digitized by Google

contratto, onde vi sono obbligati anche gli credi dei contraenti. Ma se, senza opposizione del locatore, il conduttore seguiti nell'uso dopo il tempo stabilito, vi sarà riconduzione tacita, cioè il conduttore avrà diritto a nuova locazione per un anno se si tratti di fondo rustico, e se si tratti di fondo urbano ricomincia un nuovo affitto della stessa durata del primo ed alle medesime condizioni. La ragione è che nei fondi rustici la percezione dei frutti si compie col giro di un anno, ciò che non è pe' fondi urbani, onde si ripete per questi una locazione simile a quella precedente cioè il conduttore ha diritto di godere i fondi urbani per altrettanto tempo per quanto gli ha goduti per prima, fr. 13 e 14 *locati conducti* 19, 2: L. 16. Cod. *eodem* 4, 65 (1).

Quando poi dopo finita la locazione delle cose il conduttore dica che è di sua proprietà la cosa locatagli, egli dovrà sempre restituirla al locatore, e dopo che gliel'ha restituita, cioè dopo che il locatore ne è rientrato in possesso, il conduttore potrà litigare per la proprietà L. 25 Cod. *de locato et conducto* 4, 45. La ragione è che chi revindica deve riconoscere il possessó nell'avversario e sarebbe anormale vedere che alcuno revindichi una cosa e la ritenga presso di se (2).

Ma se invece il conduttore acquisti la proprietà e l'usufrutto della cosa locatagli, la locazione cessa perchè *locatio rei suae consistere non potest* fr. 45 *de regulis juris* 50 17 (3).

Del rimanente la locazione *rerum* finisce pure per distruzione della cosa fr. 15 § 2, 7, fr. 28 fr. 30 *locati* 19, 2; per abuso della cosa da parte del conduttore L. 3 Cod. *de locato conducto* 4, 65; per mancato pagamento del prezzo per un biennio fr. 54 § 1 e fr. 56 *locati conducti* 19, 2; per riparazioni necessarie che rendano inadatta la cosa all'uso designato e per necessità che sopragiunga al locatore di doverne usare L. 3. Cod. *de locato conducto* 4, 65 (4).

---

(1) La locazione fatta per un tempo determinato cessa di diritto con lo spirare del termine convenuto, art. 1591. Ma se non è determinato il tempo si distingue la locazione dalle case da quella dei fondi rustici. Quanto alle case si prende norma per la durata dalle consuetudini dei luoghi, ed è necessaria la licenza intimata nel tempo stabilito dalla consuetudine medesima, art. 1609. Per i fondi rustici la locazione cessa con lo spirare del tempo in cui s'intende fatta cioè pel ricolto che ordinariamente è di un anno art. 1623.

Se, finita, la locazione il conduttore continua nel godimento senza opposizione del locatore, si ha la tacita riconduzione, la quale si reputa fatta alle medesime condizioni e per la medesima mercede per cui fu fatta la locazione precedente ma non per la medesima durata; bensì a termine indeterminato e si eseguono le norme ora indicate, art. 1592, 1609, 1622, 1624, 1610.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 1569 Cod. Civ. art. 443 444 e 445 Cod. Proc. Civ.

(3) Teoria uniforme, arg. art. 1569.

(4) Se la cosa venga totalmente distrutta la locazione finisce art. 1578, e se conduttore abusi della cosa, il contratto si scioglie, art. 1584; se una delle

Digitized by Google

Per riguardo alla locazione *operarum* ed alla locazione *operis*, si ha che esse finiscono non solo allora che si son prestati i servigii, o si è fatta l' opera, ma anche per la morte di chi deve prestare i servizii o deve fare l'opera, perchè manca la persona sulla cui industria o ingegno si era calcolato, arg. fr. 31 *de solutionibus* 46, 3, fr. 11 *de legatis* 32, 1; fr. 39 in fine de *statu liberis* 40, 7 (1).

Azioni

§ 899. Resta finalmente a parlare delle azioni.

Due sono le azioni nel contratto di locazione, ed entrambe sono dirette cioè l'azione *locati* e l'azione *conducti*.

L' *actio locati* si dà al locatore contro il conduttore pel pagamento del prezzo con gli interessi dopo la mora, come pure per la restituzione della cosa locata dopo finito il contratto, e per il ristoro dei danni dati anche per colpa lieve (2).

L'*actio conducti* si dà al conduttore contro il locatore per la consegna e godimento della cosa ovvero per la prestazione delle opere e pel ristoro dei danni cagionati per colpa lieve (3).

Niente poi diciamo della colonia parziaria e della soccida, perchè esse risentono della società, e perciò ne terremo discorso in codesto contratto.

Enfiteusi e superficie

§ 900. L' enfiteusi e la superficie hanno fra loro analogia, e fino a un certo segno si confondono, ma debbono tenersi distinte, onde noi parleremo di proposito dell' una, e diremo poi ciò che vi è di speciale per l'altra.

---

parti non adempia alla sua obbligazione, tra cui precipuo è il pagamento de prezzo di locazione, l'altra parte può chiedere la risoluzione del contratto, art. 1595: se le riparazioni necessarie rendano inabitabile la casa, si può far luogo allo scioglimento del contratto, art. 1580. Le necessità che sopraggiungano al locatore non son tenute a calcolo.

(1) Teoria uniforme, art. 1642. Inoltre il Codice dispone che il committente può sciogliere a suo arbitrio l'accordo dell'appalto quantunque sia già cominciato il lavoro, tenendo indenne l'imprenditore di tutte le spese, di tutti i lavori, e di tutto ciò che avrebbe potuto guadagnare in tale impresa, art. 1641. La ragione è che dopo la conclusione del contratto di appalto possono sopravvenire al concedente gravi circostanze, per le quali non sia più utile e sia per riuscir dannosa a lui l' impresa.

(2) Teoria uniforme, art. 1583 1585.

(3) Teoria uniforme, art. 1575 e 1576.

Digitized by Google

Enfiteusi.

§ 901. Al contratto di enfiteusi conviene di necessità far precedere una breve nozione del punto istorico che vi è relativo, dapoichè senza di ciò la mente resterebbe confusa.

Quando i Romani conquistavano una nuova provincia, consideravano i fondi di essa come loro proprietà. Per lo che, se i fondi erano coltivati, li facevano ritenere agli antichi possessori, ovvero li davano in lunga locazione ad altri, coll'obbligo di pagare un annuo balzello (come ad esempio la decima parte de' frutti) e tale balzello si chiamava *vectigal*, e i fondi chiamavansi *agri vectigales*. Se poi i fondi erano incolti, li davano col patto di coltivarli e di pagare un modico canone annuo.

Da ciò che fece il Fisco per le provincie conquistate, presero poi esempio le Città, le corporazioni pe' loro beni patrimoniali, e più tardi anche i proprietarii di vaste tenute. Sicchè anch'essi davano specialmente i fondi incolti o poco coltivati a persone, affinchè li coltivassero e pagassero un modico canone.

Ma perchè tali fondi dessero frutti era necessario che il coltivatore vi stesse sopra, li considerasse come cosa propria, come patrimonio di famiglia, perlocchè per forza stessa de'bisogni sociali, si cominciò a riconoscere nel coltivatore un diritto sulle terre, il quale diritto non distruggesse già il dominio dello Stato, delle Città, delle corporazioni, e de' privati, ma conferisse al coltivatore gran parte de'vantaggi.

Onde invalse l'uso di costituire locazioni perpetue con diritto di coltivatore di alienare e trasmettere i fondi per successione universale. Fu allora che il Pretore accordò a' possessori una *utilis in rem actio*, cioè un diritto reale su' fondi fino a quando essi pagassero il balzello o canone pattuito.

Codesto diritto partecipava della vendita come diritto reale per ragione del dominio utile che si concedeva all'enfiteuta, e partecipava della locazione, specialmente quando l'enfiteusi non era perpetua ma era temporanea (1). Or fu l'Imperatore Zenone che risolvè la quistione sempre viva tra i Giureconsulti sulla natura di quel diritto, e ne formò un quinto contratto consensuale, chiamato *enfiteusi*. § 3. Inst. *de locatione* 3. 25. L. 1. Cod. *de jure emphyteutico* 4. 66.

---

(1) Anche per Codice Civile l'enfiteuta ha un diritto reale che è pure immobiliare, art. 415, 1561.

Digitized by Google

Ma si avverta che Zenone non fu l'inventore, nè del diritto, nè del nome, poichè l'uno e l'altro già erano stabiliti prima di lui. Egli soltanto decise la controversia suscitata tra giureconsulti se l'enfiteusi costituiva una vendita o una locazione, e la decise nel senso ch'essa formasse un contratto consensuale a parte, e che ritenesse il nome di enfiteusi.

Deve intanto porsi particolare riguardo a due cose: La prima è che lo scopo della enfiteusi non era (come nella locazione) il godimento e la conservazione delle terre, ma invece il godimento e il miglioramento di esse (1). La seconda è che l'oggetto della enfiteusi erano le terre, ma si ammise poi che potessero essere anche gli edifizii (2). Fr. 15. § 26 *de damno infecto* 39. 2.

Rimane per questa prima parte ad accennare qualche idea per riguardo alla nomenclatura.

Si è chiamato questo contratto—*enfiteusi*—perchè la radice greca di tal nome significa *impiantare*, *innestare*. Nel nome sta scolpito lo scopo dell'enfiteusi qual'è quello di migliorare (3).

Il padrone del fondo si chiama *dominus emphyteuseos*, quegli a cui si dà in enfiteusi si chiama *emphyteuta*, canone annuo si chiama appunto *canon*, al quale venne ad esser pressochè sinonima l'altra parola *vectigal* (4).

Se il canone si dava per le terre si chiamava *decima*, dalla decima parte de' frutti che ordinariamente toglievasi dal padrone. Se si dava pe' pascoli si chiamava *scriptura*, dal tener registrato in iscritto il numero e la qualità de' bestiami. Se si dava pe' pedaggi si chiamava *portorium* (5).

Premesse queste nozioni fa d'uopo esaminar la teoria della enfiteusi distinguendola in quattro punti: 1. Come si costituisce la enfiteusi, e quale n'è la definizione—2. Costituita che sia, quali ne sono gli effetti—3. Come finisce—4. Quali ne sono le azioni.

---

(1) Codesto è anche lo scopo per Codice civile, art. 1556.

(2) È dubbio se per Codice civile possano darsi in enfiteusi le case. Si propende per l'affermativa.

(3) Si è ritenuto il nome di enfiteusi, art. 1556.

(4) Il Codice civile chiama *concedente* il padrone diretto, *enfiteuta* il padrone utile. V. art. 1558, 1559, 1562, 1563, 415. Nel comune linguaggio chiamasi *direttario* il primo, ed *utilista* il secondo.

(5) Per Codice civile si chiama *annua prestazione* o *canone*, art. 1556, 1560, 1564, 1565, n. 1, e 1958 n. 2.

Digitized by Google

Costituzione e definizione dell'enfiteusi.

§ 902. Ordinariamente la enfiteusi va costituita per contratto, ma niente vieta che sia costituita in altro modo, come per legato e per prescrizione (1).

Costituita per contratto la definizione è — *Contractus consensualis de dominio utili praedii alteri in perpetuum vel ad tempus non modicum pro certo annuo canone in agnitionem dominii praestiti concedendo* (2). Si dice *contractus censensualis*, perchè l'enfiteusi si perfeziona col solo consenso — *de dominio utili praedii*, perchè il dominio utile è precisamente quello che passa all'enfiteuta — *in perpetuum vel ad tempus non modicum*, perchè la enfiteusi può essere perpetua e temporanea e il tempo dev'essere non breve essendo il fine dell'enfiteusi quello di migliorare il fondo — *pro certo annuo canone in agnitionem dominii praestiti concedendo*, perchè l'enfiteuta deve un canone annuo al padrone del fondo, e glielo deve non per corrispettivo de' frutti ma per ricognizione del dominio di lui, al segno che deve pagare il canone anche quando venga a percepire dal fondo così pochi frutti che non ricavi tanto da pagarlo.

L'enfiteusi poi, che par che si confonda con l'usufrutto, va da questo nettamente distinto in molti punti e tra essi i principali sono i seguenti: 1. L'usufrutto mena all'obbligo della conservazione, l'enfiteusi all'obbligo del miglioramento. 2. L'usufrutto finisce nel tempo determinato da' contraenti o dalla Legge o per la morte dell'usufruttuario, l'enfiteusi può essere, e d'ordinario è, perpetua. 3. L'usufruttuario non ha diritto al tesoro, l'enfiteuta vi ha diritto.

La ragione di codeste differenze è che l'usufrutto è una servitù personale, mentre l'enfiteusi è sempre un dominio sebbene questo sia bipartito (3).

Effetti.

§ 903. L'enfiteusi come contratto dà luogo a diritti personali, fra i quali precipuo è quello della consegna del fondo all'enfiteuta. Per aversi il diritto reale era per Diritto Romano necessario (come abbiam veduto al § 407) che vi fosse il titolo e il modo di acquistare, cioè che vi fosse il contratto e la tradizione della cosa. Fatto il contratto di enfiteusi, l'enfiteuta ha il diritto di aver la cosa in sue

(1) Teoria uniforme, art. 1556, 759, 827, 2105.

(2) Questa definizione potrebbe anche oggi ritenersi a base dell'art. 1556.

(3) Teoria uniforme, art. 477, 1556, 515, 494, 1561.

Digitized by Google

mani: avutala sorge il suo diritto reale sul dominio utile della cosa stessa, e resta nel direttario il diritto reale pel dominio diretto. Hanno poi tanto l'enfiteuta quanto il direttario de' diritti personali. In altri termini, costituita l'enfiteusi sopra un fondo, e consegnato il fondo all'enfiteuta, il dominio del fondo resta diviso tra il direttario e lo enfiteuta. Il direttario ha sul fondo un diritto reale, cioè il dominio diretto, e l'enfiteuta ha sullo stesso fondo anche un diritto reale, cioè il dominio utile. A base poi del contratto di enfiteusi, tanto il direttario quanto l'enfiteuta hanno dei diritti personali (1).

§ 904. Or in che precisamente consiste il diritto reale di ciascuno di quei due nell'enfiteusi?

Il dominio del fondo enfiteutico, come già si è detto, è diviso tra il padrone diretto e l'enfiteuta.

Il padrone diretto resta padrone del fondo, meno però nella parte relativa all'utile di esso. Il canone si paga a lui *in agnitionem dominii*, cioè in ricognizione del suo dominio, che egli non perde se non per la parte dell'utile. E per forza di tale dominio diretto, il padrone del fondo può revindicarlo quante volte accadano casi di devoluzione in suo favore, come vedremo tra i modi con cui l'enfiteusi finisce (2).

Il diritto reale che ha poi l'enfiteuta consiste nel far suoi tutti i frutti ed accessioni del fondo. Si rende padrone assoluto di essi (3).

§ 905. Sono svariati poi i diritti personali, e li esporremo riducendoli sotto a ciascuno de' tre principii a'quali si restringe la teoria della enfiteusi.

1. Il primo principio è che il contratto di enfiteusi si perfeziona col solo consenso.

Da tale principio discendono queste conseguenze.

a) che la mancanza della scrittura pattuita per l'enfiteusi non inficia menomamente il contratto, perchè essendo esso consensuale. sarebbe la scrittura considerata *probationis caussa*, e la dichiarazione del Magistrato bene ne terrebbe il luogo L. 1. de Cod. *de jure emphyteutico* 4, 66; Novella 7 pr. Novella 120 cap. 5. Ma se mai il patto di doversi formare la scrittura per intenzione delle parti costituisse una

---

(1) Per Codice Civile non si è riconosciuta la regola che per aversi il diritto reale debbono concorrere il titolo e il modo di acquistare cioè la tradizione. Il diritto reale sorge col solo consenso delle parti art. 1125, (v. § 407) ma il consenso dev'esser manifestato ne' debiti modi, e così per la enfiteusi vi deve essere lo scritto, art. 1314.

(2) Teoria uniforme, art. 1556, 1565. Ma per codice civile il concedente ha pure diritto reale pel pagamento del canone, cioè ha privilegio su' frutti del fondo, art. 1958 n. 2.

(3) Teoria uniforme, art. 1561 1562.

Digitized by Google

condizione sospensiva, in tal caso, non volendosi redigerla da qualcuno dei contraenti, non si avrebbe più il contratto. È lo stesso principio che abbiamo studiato nella vendita e nella locazione (1).

b) che dal contratto formato col solo consenso sorge il diritto ad aver la consegna della cosa, ma non sorge il diritto reale prima che la consegna siesi verificata. Ne abbiamo già innanzi discorso, al § 407, e quì basti ricordare il principio romano—*traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur* (2).

Il secondo principio è che nella enfiteusi il dominio del fondo si bipartisce: resta al padrone del fondo il dominio diretto, e passa all'enfiteuta il dominio utile (3).

Abbiamo già precisato chiaramente in che consistano il dominio diretto, e il dominio utile.

Ora dobbiamo vederne le conseguenze.

La prima è che il fondo deve dare un utile, dappoichè se non lo dà (come ad esempio se si trattasse di un deserto) non sarebbe possibile l'enfiteusi (4).

La seconda è che passando il dominio utile nell'enfiteuta, questi ha diritto a' frutti ed accessioni e si rende padrone dell' utile del fondo nella stessa guisa che ha diritto qualunque proprietario sulla cosa sua (5). E così

a) può imporre servitù sul fondo enfiteutico L. 1, § ult. *de superficiebus* 43, 18 (6).

b) può immutare la faccia di esso purchè non lo renda deteriore Aut. *qui res* Cod. *de Sacrosanctis Ecclesiis* 1, 1 (7).

c) fa uso il tesoro che si trovasse sul fondo Arg. § 39. Inst. *de rerum divisione* 2, 1 (8).

d) può esercitare azione vendicatoria anche contro lo stesso direttario fr. 1 § ult. *si ager vectigalis* 6, 3 (9).

e) può soggettare il fondo enfiteutico ad ipoteca, può donarlo, permutarlo ed anche venderlo. Arg. fr. 31 *de pignoratitia actione* 13 7; L. 1. Cod. *de fundis patrimonialibus* 12, 61 (10).

(1) Per Codice civile l'enfiteusi non esiste se non se n'è fatta scrittura, articolo 1314.

(2) Per Codice Civile, manifestato il consenso con lo scritto, art. 1314, sorge non solo il diritto alla consegna del fondo, art. 1218 e 1219, ma sorge pure il diritto reale, art. 1125, 1561, 1562.

(3) Teoria uniforme, art. 1556, 1565, 1562.

(4) Teoria uniforme, art. 1556.

(5) Teoria uniforme, art. 1561, 1562.

(6) Teoria uniforme, art. 665.

(7) Teoria uniforme, art. 1556, 1565, n. 2.

(8) Teoria uniforme, art. 1561.

(9) Teoria uniforme, art. 415, 439, 1561, 1562.

(10) Teoria uniforme, art. 1567, 1967, n. 3, 1562.

Digitized by Google

f) può trasmetterlo ad altri non solo a titolo singolare ma anche universale. L. 2 Cod. *de jure emphyteutico* 4, 66 (1).

g) deve pagare i pesi e i tributi. Arg. L. ult. Cod. *de jure emphyteutico* 4, 66 (2).

Ma per la vendita e per la trasmessione a titolo singolare dobbiamo soffermarci.

Quando l'enfiteuta venda il fondo enfiteutico, il padrone diretto può pagare a quello il prezzo offertogli dal compratore, e riunire in sè il dominio pieno del fondo. Tale diritto si chiama *prelazione*, cioè di preferenza nella compra. Ond'è che volendo l'enfiteuta vendere il fondo enfiteutico è tenuto di darne avviso al padrone diretto affinchè questi tra due mesi possa esercitare, se voglia, il diritto di prelazione. L. 3 Cod. *de jure emphyteutico* 4, 66. La ragione di codesto diritto sta non solo in ciò che la legge cerca sempre favorire la riunione dei dominii qualora sian divisi, ma più di tutto è che se l'enfiteuta vende non fa un atto di liberalità o di convenienza economica come accadrebbe nella donazione e nella permuta, ma cerca danaro (3). Or l'enfiteuta ben potrebbe non volere esercitare una liberalità al padrone diretto, e ben potrebbe non trovare con lui una convenienza economica. Ma se cerca danaro con la vendita, dev' essere per lui indifferente di averlo dal padrone diretto o da altri, tostochè niente viene a perdere dando il fondo a quello e non a questi. Con ciò, mentre non si tocca punto l'utile dell'enfiteuta, si ricongiungono i dominii, il che è nel voto della Legge.

Se poi l'enfiteuta trasmetta ad altri a titolo singolare il fondo enfiteutico, come per esempio per vendita in cui non venisse esercitato il diritto di prelazione, per donazione, per legato ecc., il padrone diretto ha diritto ad avere dal nuovo acquisitore la cinquantesima parte del valore. Codesto diritto si chiama *laudemio*, quasichè quella cinquantesima parte si avesse a dare *in laudem dominii*, per ricognizione e per ossequio all'alto dominio di chi ha concesso l'enfiteusi L. 3, Cod. *de jure emphyteutico* 4, 66 (4).

Il terzo principio è che il dominio utile si concede all'enfiteuta per

---

(1) Teoria uniforme, art. 1562.

(2) Teoria uniforme, art. 1558.

(3) Il Codice Civile non riconosce diritto di prelazione perchè la prelazione per legge economica è diminuzione di concorrenza.

(4) Il Codice Civile non riconosce il laudemio nelle enfiteusi costituite dopo l'attivazione di esso, perchè ha voluto la piena disponibilità de'beni, ed ha cercato in tutti i modi di riunire la intera proprietà nelle mani di un solo, senza tanti fastidii, cioè il Codice à cercato di riunire la proprietà o presso il direttario con la devoluzione, o presso l'utilista che può oggi ad ogni istante affrancare. Veggasi quanto si dirà in nota all'appendice che segue l'enfiteusi.

Digitized by Google

un certo annuo canone, ed il canone non si paga pei frutti del fondo, ma invece si paga per ricognizione del dominio del padrone diretto (1).

Da tale principio segue che se mai accada che l'enfiteuta non venga in qualche anno a percepire frutti, come per es. per una grandine, per una guerra e simili, egli deve sempre pagare il canone, ma non deve pagarlo più se il fondo venga totalmente a perire. L. 1 Cod. *de jure emphyteutico* 4. 66 § 3 Inst. *de locatione conductione* 3, 25 (2).

La ragione per la quale l'enfiteuta deve pagare il canone anche in caso di sterilità, inondazione, guerre, e simili, é che il canone deve esser pagato per ricognizione del dominio e non per la percezione dei frutti. La regola è contraria nella teoria della locazione, nella quale se i frutti mancano totalmente o parzialmente, il conduttore non paga affatto o paga in parte la mercede, perciocchè nella locazione la mercede si paga per ragione dell'uso della cosa altrui, ciò che non è nell'enfiteusi, per la quale il canone si paga per ricognizione del dominio.

La ragione poi per la quale l'enfiteuta non deve pagare più il canone quante volte il fondo perisca, é che perito il fondo non può esservi più padrone, e non può certamente parlarsi di ricognizione di dominio sopra una cosa che non esiste.

Modi coi quali finisce l'enfiteusi.

§ 906. L'enfiteusi finisce:

1.° Per la perdita della cosa, nel quale caso viene a mancare la utilità, e l'oggetto del contratto. L. 1. Cod. *de jure emphyteutico* 4, 66; § 3. Inst. *de locatione conductione* 3, 25.

2.° Per la consolidazione, cioè quando, o il padrone diretto venga ad acquistare per qualunque titolo il dominio utile, o quando l'enfiteuta venga ad acquistare il dominio diretto. Arg. § 3 Inst. *de usufructu* 2,4. Riunitisi allora i due dominii, il fondo cessa di essere enfiteutico (3).

3.° Per prescrizione arg. fr. 15 § 25 *de damno infecto* 39, 2 (4).

4.° Pel mancato pagamento del canone per tre anni, nel qual caso vi era di pieno diritto la devoluzione in vantaggio del padrone diretto, senza che questi fosse tenuto ad invitare l'enfiteuta al pagamento, e senza che l'enfiteuta potesse purgare la mora, cioè pagare dopo istituito

(1) Teoria uniforme, art. 1556, 1560

(2) Teoria uniforme, art. 1560.

(3) Teoria uniforme, art. 1560.

(4) Teoria uniforme, art. 1296.

(5) Teoria uniforme, art. 2105.

Digitized by Google

il giudizio di devoluzione. L. 2 Cod. *de jure emphyteutico* 4, 66; L. 2. Cod. *de fundis patrimonialibus* 11, 61 (1).

5.° Per la vendita del fondo enfiteutico che avesse fatta l'enfiteuta senza invitare il padrone diretto per l'esercizio del diritto di prelazione. L. 3 Cod. *de jure emphyteutico* 4, 66 (2).

6.° Per essersi dall'enfiteuta deteriorato il fondo invece di migliorarlo. *Auth. qui rem* Cod. *de Sacrosantis Ecclesiis* 1, 2 (3).

Nei casi, n. 4, 5 e 6, si ha la cosidetta *devoluzione*, cioè il fondo enfiteutico si devolve, val dire volgesi, ritorna all'antico padrone, il quale perciò avrebbe il diritto di rivendicarlo dalle mani di chiunque.

Azioni.

§ 907. Per queste bisogna distinguere le azioni reali dalle azioni personali.

Il padrone diretto ha la sua azione reale (*rei vindicatio*) nel caso che si verifichi la devoluzione del fondo in suo favore (4).

L'enfiteuta ha l'azione reale pel godimento dei frutti e per le accessioni (*utilis in rem actio)* (5).

In quanto poi alle azioni personali, vi è l'*actio emphyteuticaria directa* per tutti e due i contraenti, cioè il padrone l'ha contro l'enfiteuta per la prestazione di tutto ciò che gli si deve pel contratto, come per es. pel pagamento del canone, del laudemio, ecc., e l'enfiteuta l'ha per la consegna del fondo enfiteutico (6).

Superficie

§ 908. La superficie, come dice la stessa parola, è tutto ciò che sta sopra la faccia del suolo, come edificii, alberi, piante.

Il diritto di superficie è perciò definito —*jus habendi aliquid aedificatum, implantatum, insitum vel alio modo impositum in solo alieno.*

Ordinariamente però il diritto di superficie versava a'tempi Romani sugli edifizii.

---

(1) Teoria uniforme, ma per due anni e dietro legittima interpellazione, articolo 1565, n. 1.

(2) Il Codice Civile non riconosce diritto di prelazione, e perciò questo punto non ha riscontro.

(3) Teoria uniforme, art. 1565, n. 2.

(4) Teoria uniforme, art. 1565, n. 1 e 2. Di più il padrone diretto ha privilegio su' frutti del fondo pel pagamento del canone, art. 1958, n. 2.

(5) Teoria uniforme, art. 1561, 1562.

(6) Teoria uniforme, ma senza laudemio, art. 1556.

Digitized by Google

Il diritto di superficie era in diritto Romano analogo ma non identico a quello di enfiteusi, e la differenza oltre che nella restrizione alla superficie, e non al suolo, stava in ciò che potea pattuirsi un canone annuo (chiamato *solarium*,) ovvero potea pattuirsi la superficie pagando una somma nella sua costituzione fr. 1, § 6, e fr. 2 *de superficie* 43, 18 (1).

APPENDICE SU' PESI REALI

§ 909. Codesti pesi sono svariati, ed è mestieri parlarne brevemente ma con tutta chiarezza e precisione.

Dopo i tempi romani la enfiteusi risentì degli ordini feudali che sopragiunsero, e ad essa furono analoghi i livelli.

Si ebbero pure le decime, gli affitti perpetui, e i censi.

Enfiteusi dopo i tempi romani, e livelli

§ 910. Sopragiunti i tempi feudali, il diritto feudale non tardò ad apportare influenza alla teoria della enfiteusi e a farla degenerare.

Nell'enfiteusi entrò molta parte di diritto feudale, cosicchè l' enfiteuta venisse a corrispondere al Vassallo, e il concedente al Feudatario.

Onde per l' enfiteusi vi fu la investitura ch' era propria de' feudi, cioè un atto solenne di trasferimento di dominio quando il fondo enfiteutico passava d'una in altra mano.

E vi fu obbligo di vassallaggio il quale importava omaggio e dipendenza morale con qualche lieve corrispettivo in denaro o derrate.

Si ebbe perciò mediante la enfiteusi non più la sola divisione del dominio, tra concedente ed enfiteuta, ma la soggezione più o meno grave di vassallaggio da uomo ad uomo, cioè dall'enfiteuta verso il concedente in un modo non identico ma analogo a quello di vassallo a feudatario.

Si ammise anche per le enfiteusi una successione per vocazione in favore di un determinato ordine di persone, come ad es. per la discendenza maschile, sempre a somiglianza de' feudi che predilegeva l'ordine agnatizio.

Ma però ebbe il principio del riscatto convenzionale, cioè pattuito nella investitura.

Se ciò accadde da una parte per il sistema feudale, che allora era

(1) Per Codice Civile non è previsto il contratto di superficie perchè è fuori uso, ma niente vieterebbe che il contratto si facesse, nel quale caso sarebbe un contratto innominato, art. 1103.

Digitized by Google

in vigore, d'altra parte la Chiesa co'suoi vasti possedimenti prese a far molte enfiteusi.

Se non che ne'tempi feudali la Chiesa era in grande potenza, resa più splendida dalla equità de' suoi precetti — La Chiesa che avea molti beni prese a darne in gran parte in enfiteusi — Molti per ripararsi dalle invasioni barbariche faceano cessione de' beni loro alla Chiesa, la quale li retrocedeva ad essi in enfiteusi dietro canone lievissimo o per semplici atti di omaggio — Onde la Chiesa per le enfiteusi seguì presso a poco le forme feudali, sempre però con molta temperanza.

Or in tali tempi sursero i livelli, così detti da chi per *libellum* cioè per supplica o preghiera domandava un fondo in enfiteusi dal feudatario o dalla Chiesa, dietro il quale libello si concedeva la investitura facendosi della enfiteusi un contratto scritto, scrittura non necessaria per Diritto Romano, il quale metteva la enfiteusi tra i contratti consensuali.

Ma tra le enfiteusi e i livelli non vi è stata altra differenza se non che di forme, le quali erano più austere e risentivano più di feudalità ne'livelli e meno nelle enfiteusi.

Così procedettero per secoli le cose, quando co' tempi già maturi la libertà si pensava al riscatto della libertà personale, e come di conseguenza alla libertà de'beni.

Le Leggi Leopoldine di Toscana, che imposero il riscatto, precedettero di quasi mezzo secolo le riforme della rivoluzione francese.

Il riscatto nelle enfiteusi e ne' livelli ed in ogni altra rendita immobiliare, fu uno de'punti bene assodati dalla Rivoluzione francese che richiamò in vita i diritti dell' uomo e di controcolpo menò alla libertà de'fondi.

Or il riscatto consiste nella facoltà che à sempre l'enfiteuta di liberarsi dal pagamento del canone, di rendere del tutto libera in sue mani la proprietà del fondo enfiteutico, dietro un pagamento al direttario in somma tale che venga in certo qual modo ad assicurargli una rendita pari al canone.

I vantaggi del riscatto sono.

1.° Libertà resa a'diritti dell'uomo, togliendo le sudditanze, le fedeltà, gli omaggi, le dipendenze de'tempi feudali.

2.° Libertà della proprietà da'pesi che vi gravitano.

3.° Corrispettivo che rinfranchi della perdita chi à diritto al peso.

4.° Facilità di alienazione, perchè si trova facilmente chi compra quando si possa togliere il peso al fondo.

5.° Attività del commercio e sviluppo della industria, togliendo pesi da'fondi.

Digitized by Google

6.° Affezione del possessore al suolo che coltiva, potendo farlo suo sol che voglia il riscatto (1).

---

(1) Resta ora a vedere come à ordinata la materia il Codice Italiano.

Enfiteusi posteriori al 1865.

1. Ha mantenuto al concedente una certa frazione di dominio, cioè il dominio diretto, al segno che anche il concedente può dare ipoteca del suo diritto sul fondo enfiteutico, art. 1967 n. 3. Ed il diritto reale del concedente sta nel canone qual riserva di un dominio originario, per lo che il canone è assicurato con privilegio su'frutti per gli ultimi due anni art. 1958 n. 2, come pure sta e nel dominio limitato dell'enfiteuta cioè a titolo di concessione enfiteutica, e nel diritto alla devoluzione, cosicchè egli resta proprietario sotto condizione sospensiva, rispondente alla condizione risolutiva imposta all' utilista pe'casi di devoluzione. Essendo un diritto reale il diritto al pagamento del canone nelle enfiteusi e ne'livelli, tale diritto è capace di possesso art. 685, onde pel canone nelle enfiteusi e ne'livelli si può agire in possessorio e si può acquistare diritto mediante la prescrizione.

2. Ha dato all' enfiteuta sia perpetuo sia temporaneo la facoltà del riscatto pagando 20 volte l'annualità — Per le enfiteusi temporanee possono le parti convenire un prezzo maggiore di riscatto, cioè il quarto in più, val dire non più di 25 annualità.

Se la corrisposta è in derrate, si prende la media degli ultimi dieci anni, art. 1564 — E vi è diritto al riscatto anche nel caso di devoluzione, art. 1565.

3. Ha assicurato la libera circolazione de'beni, mediante il divieto della prelazione e del laudemio e il divieto della subenfiteusi e delle vocazioni fedecommessarie art. 1562.

4. Ha provveduto alla pubblicità della divisione del dominio nell'enfiteusi, la quale come alienazione va soggetta a trascrizione, art. 1932 n. 1, e ad ipoteca legale per l'adempimento dell'obbligo in quanto al pagamento del canone art. 1669 n. 1.

5. Ha regolato i pesi che possono imporsi dall'enfiteuta e dal direttario— L'enfiteuta può imporre servitù, e, accadendo la devoluzione, restano ferme le servitù attive, e svaniscono le passive art. 665 — Tanto il direttario quanto l' utilista possono imporre ipoteche sul fondo enfiteutico — art. 1967. n. 3. E si può espropriare al direttario il diritto al pagamento del canone, e all' utilista il diritto all'utile, art. 663 cod. proc. civile.

Inoltre se si consolida la proprietà, può accadere l'una delle due, cioè o questa va nelle mani del concedente per devoluzione, e allora restano ferme le ipoteche contro di lui, e si realizzano le ipoteche contro l' enfiteuta sul prezzo delle migliorie che il concedente deve pagargli — o va nelle mani dell' utilista per riscatto, e in tal caso restano ferme le ipoteche contro di lui, e quelle contro il direttario si realizzano sul prezzo che si paga pel riscatto art. 1567.

Enfiteusi precedenti al 1865.

Bisogna esaminare i cinque medesimi punti.

Il 1 punto è identico — Per le enfiteusi antiche e pe'livelli ànno il dominio

Digitized by Google

Decime

§ 911. Le decime si distinguono in ecclesiastiche, altrimenti dette sacramentali, e van dovute a'soli Chierici; laicali, altrimenti dette domenicali, le quali van dovute indifferentemente a Chierici e a laici; e feudali dovute a'feudatarii.

Sotto il nome di decima s'intende il diritto ad una prestazione dei frutti nella decima parte, ovvero nella vigesima, trigesima ecc. secondochè sieno variamente stabilite.

Decime ecclesiastiche

§ 912. Si davano *ad alendos clericos*. V' era presso i giudei, ma Cristo non ne parlò, onde per puro Evangelo le decime non erano obbligatorie, e i Chierici erano alimentati con le offerte — Dal sesto secolo in poi cominciò qua e là a rendersi obbligatoria la decima e per precetto della Chiesa, e per leggi di Principi, cosicchè l'uso ne divenne generale in Occidente.

---

e il direttario e l' utilista, essendosi mantenuto il dominio antico dal codice civile.

Onde è che possono oggi agire anche in via possessoria e il domino diretto e il domino utile — art. 685 e si può provare col possesso la prescrizione.

Il 2 punto è identico, cioè si ammette il riscatto non ostante qualunque patto o legge precedente in contrario.

Tiene il riscatto all'ordine pubblico. Veggasi l'art. 30 delle disposizioni transitorie del Codice Civile.

Intorno al 3 punto sono scomparse le istituzioni che risentivano dell' indole feudale, cioè le vocazioni pattizie, art. 29 disposizioni transitorie, ed art. 899 cod. civile.

È vietata la subenfiteusi che reca tanto intralcio al commercio art. 1562 — Ma la prelazione sussiste, e sussiste il laudemio per la metà all'enfiteusi perpetua, e per tre quarti all' enfiteusi temporanea — art. 30 disposizioni transitorie del codice civile.

Il 4 punto è identico, perchè il direttario che voglia premunirsi di fronte ai terzi deve far trascrivere il contratto di enfiteusi o di livello, e il Conservatore deve prendere la iscrizione della ipoteca legale pel pagamento del canone — art. 1932 n. 1 e art. 1969 n. 1 cod. civile.

Per i livelli pe'quali non v'è titolo, ma possesso, l'utilista che non vuol rinnovare il titolo, può esser convenuto in possessorio pel pagamento del canone, art. 685, e, dopo condannato, si può prendere ipoteca giudiziale sul fondo, salve le ragioni in petitorio art. 1970.

Il 5 punto per le servitù è identico art. 665 — Anche identico è per le ipoteche, purchè il direttario abbia fatto trascrivere il titolo, e siesi presa iscrizione d'ipoteca legale dal Conservatore ovvero il direttario abbia preso ipoteca giudiziale con qualche sentenza — art. 1932, n. 1, 1969, n. 1, 685, 1970 e 1567.

Digitized by Google

Tali decime si distinguevano in prediali , personali , e miste, secondochè si decimavano i fondi rustici od urbani che fossero , ovvero le industrie degli uomini come i negozii, ovvero ciò che produce un animale cioè il feto, la lana e il latte.

Il diritto di decimare era riservato alle sole Chiese Parrocchiali (1).

Decime laicali

§ 913. Le decime laicali differiscono dalle ecclesiastiche in ciò che queste derivano direttamente dalla legge, e quelle (cioè le laicali) derivano da un atto giuridico cioè da un atto tra vivi oneroso o gratuito, ovvero da un atto a causa di morte.

Esse potevano essere a vantaggio de'Chierici, ovvero de'laici.

Facciamo degli esempii.

Pe'Chierici — Donazione di decima fatta alla Chiesa, ovvero legato

---

(1) In Italia tale diritto fu da secoli tolto in alcuni luoghi, in altri luoghi fu tolto con la rivoluzione del 1860, in altri vige ancora.

Così, nelle provincie napolitane fin da'principii del secolo scorso i Re di Napoli tolsero il diritto di decima a quelle Chiese che fossero congruamente provviste di beni; e per quelle che non ne fossero sufficientemente provviste, si diè l'obbligo della congrua a'Municipii, cioè l'obbligo di un assegno pel sostentamento de'Parroci e Curati; e se il Municipio era sì povero da non poterne essere gravato, si diè facoltà a'Chierici di esiger la decima.

Ma per Decreto Luogotenenziale del 7 gennaio 1861 n. 165 furono abolite nelle Prov. Napol. le decime ecclesiastiche—Però l'obbligo di provvedere i Parroci di un supplemento di congrua, in surrogazione delle decime abolite, rimase a carico de'comuni in virtù del diritto pubblico ecclesiastico anteriore al concordato del 1818, diritto richiamato in vigore dal medesimo Decreto Luogotenenziale 17 febbraio 1861 col quale lo stesso Concordato fu abolito—L'art. 25 dell'altro Decreto Luogotenenziale di quella stessa data , con cui furono soppresse le Corporazioni religiose addossò i supplementi di congrua alla Cassa Ecclesiastica, dopo soddisfatti gli obblighi tutti ad essa imposti, e in caso d'impotenza a'Comuni. L'art. 28 di detto Decreto nel determinare gli obblighi del fondo pel culto colloca al n. 4 i supplementi di assegno a'Parroci — Ma nel fatto non giunge mai a soddisfare i pesi imposti ne'primi tre numeri, e deve chiedere allo Stato vistose sovvenzioni.

E passando dalle Provincie Napolitane alle Romane, si à qualche cosa di vario e fino a un certo segno di curioso — Perciocchè nell'Umbria le decime sacramentali furono abolite per Decreto del Luogotenente Pepoli—Nelle Marche invece per Decreto del Luogotenente Valerio s'istituì una Commissione per studiare sull'argomento, ma la Commissione non avea compiuto i suoi studii quando la Luogotenenza fu sciolta.

Ond'è accaduto che là dove non sono state abolite le decime ecclesiastiche esse formano dotazioni della Chiesa a titolo di assegno, e sono esigibili giusta la Legge del 15 Gennaio 1867, e sono affrancabili a' termini dell' art. 1 della Legge del 24 Gennaio 1864.

Digitized by Google

di decima fatto alla Chiesa, ovvero compra del diritto di decima fatta *pecunia numerata* dalla Chiesa.

Pe'laici — Concessione di decime fatta ad alcuno dalla Chiesa *propter militiam aut alia servitia* — Compra vendita per la quale il laico à acquistato dalla Chiesa il diritto di decimare (1).

Decime feudali

§ 914. La feudalità avea la sua giurisdizione e il suo impero in materia civile e in materia penale, avea i diritti di dipendenza morale e di vassallaggio, come di fedeltà e di ossequio, da quelli che vi erano soggetti, avea diritti estesi sulle cose pubbliche come ad esempio su'fiumi, ed avea de'redditi da'beni stabili de'vassalli sia in danaro o in generi.

Or, abolita la feudalità ne'principii di questo secolo, vennero aboliti tutti tali diritti, meno gli ultimi, cioè meno i redditi su'beni stabili de'vassalli.

Essi rientravano nel patrimonio privato del feudatario e furono rispettati, ma si diè ai debitori de'redditi la facoltà del riscatto.

Tutti tali redditi che aveano nomi diversi, furono compresi sotto il nome di *decime feudali* (2).

---

(1) Le decime laicali, comechè derivanti da atti giuridici, ànno tutto il valore e sono affrancabili a'termini dell'art. 1 Legge 24 Gennaio 1864 n. 1636.

(2) Per le provincie napolitane, vi fu la famosa legge de' 3 agosto 1806, e con altra Legge dell' 8 Giugno 1873 n. 1389 per le decime feudali nelle Provincie e Napolitane e Siciliane si dispose che tutte le prestazioni in natura dovessero ridursi a rendita annua in danaro.

Se non che dobbiamo vedere come oggi sono considerate tutte tali decime, e se costituiscano un diritto immobiliare esercibile anche in via possessoria, e qual mezzo deve tenersi per farle valere contro i terzi.

Le decime ecclesiastiche e laicali sono capaci di possesso, e per conseguenza di azioni possessorie, perchè è stabilito che il possesso di esigere per 30 anni fornisce il titolo abile a costituire il diritto alla prestazione decimale — art. 5, Legge 24 Gennaio 1864 n. 1636.

In tale articolo si parla *di possesso di esigere*, e riconoscendosi il possesso, questo vale così per la prescrizione come per le azioni possessorie, tantopiù che il diritto che si possiede poggia sopra un immobile.

Ma tale principio non è ripetuto nella Legge 8 Giugno 1873, n. 1389, per le decime feudali, e in compenso per queste si à una procedura speciale, sommaria, e senza appello per far valere le proprie ragioni, cosicchè in tale procedura viene ad essere in certo modo confusa la ragione di possesso e di proprietà.

Per riguardo poi al mezzo onde far valere il diritto di decima, qualunque essa sia, di fronte a' terzi, non v'è altro modo che la iscrizione ipotecaria, che può ottenersi con titolo, e in mancanza di questo con sentenza —

Digitized by Google

Affitti perpetui

§ 915. L'affitto perpetuo ebbe origine a' tempi del basso impero. Cominciò a farsi da' Municipii, e divenne poi una diramazione dei feudi. Non era nè più, nè meno di una locazione, con la sola differenza che era perpetua, e che si pattuiva o una mercede, o annuo servizio (come ad esempio giornate di lavoro), e talvolta con l'aggiunta del giuramento di fedeltà. Avea bensì le sue regole particolari e distinte dalla locazione per riguardo appunto alla perpetuità, ma non si allontanava dalla natura della locazione.

Dall'esser sempre l'affitto perpetuo una locazione, seguiva:

a) che non passava punto il dominio nel conduttore, ma soltanto uso;

b) che il conduttore non poteva nè alienare il fondo a qualunque titolo, nè poteva ipotecarlo o imporvi una servitù.

Dall'esser perpetuo l'affitto, sorgevano le seguenti eccezioni:

a) che l'affitto perpetuo si concedeva al conduttore ed a' suoi eredi, e sotto il nome di erede s'intendevano i soli figli, senza che la vedova avesse avuto diritto alla quarta ussoria;

b) che se i figli erano più, essi non potevano dividere fra se il fondo;

c) che il caso fortuito colpiva il conduttore;

d) che il conduttore avea azione vendicatoria contro chiunque.

Finiva per la mancanza de' figli, per l'inadempimento de' pesi ed obblighi, e per la perdita della cosa (1).

Censi.

§ 916. La parola *censo* dinotò innanzi tutto la enumerazione del popolo Romano e de'beni che ciascuno avea per la distribuzione dei tributi. Oggi se ne ha qualche riscontro nel censimento della popolazione.

Anzi per le decime feudali parla della necessità della iscrizione l'art. 22 di quella Legge 8 Giugno 1873.

(1) Per Codice civile le locazioni d'immobili non possono eccedere i 30 anni per la locazione delle case si può pattuire che duri tutta la vita dell'inquilino ed anche due anni dopo; pe' terreni affatto incolti e che si danno in affitto con l'obbligo di dissodarli e ridurli a coltura, si può pattuire una durata fino a 100 anni, art. 1571.

Per gli affitti perpetui nelle provincie napolitane al tempo dell'abolizione dei feudi, si diè facoltà al Magistrato di ordinare la espulsione de'coloni nel tempo che la giustizia lo consentisse, art. 16 Legge 2 agosto 1806.

Digitized by Google

In appresso significò il tributo imposto da' Romani sui predii dei popoli vinti.

Finalmente ne' mezzi tempi indicò il diritto di percepire una *rendita* mediante l' *alienazione di un immobile;* la quale rendita fu chiamata *censo riservativo*; ovvero mediante il *pagamento di una somma* di danaro, la quale rendita fu chiamata *censo consegnativo* o *bollare* (1).

Censo riservativo.

§ 917. La invasione de'barbari distrusse la schiavitù, e specialmente per opera de'barbari venuti di Germania s'introdussero i feudi e con essi il colonato, il quale fu un sollievo di fronte alla schiavitù. Il colonato menava alla conseguenza che l'uomo era attaccato alla gleba, e godeva diritti civili assai limitati, e non poteva egli staccarsene senza consenso del padrone.

La Chiesa apportò benefica influenza. D'altro canto in tempi così ciechi e disordinati, l' agricoltura era molto abbandonata, e quando il colonato venne a rendersi più lieve, i proprietarii delle terre difficilmente trovavano anche ad affittarle. Onde si pensò agli affitti perpetui, de' quali abbiamo già discorso, e si pensò a render proprietario il colono del fondo, riservandosi il padrone un' annua rendita sull'immobile stesso. Cosicchè il colono era proprietario del fondo, ma la proprietà n' era comune al padrone originario perchè questi avea diritto al pagamento della rendita, per lo che il padrone avea sul fondo un diritto reale e immobiliare.

Ecco perchè tale censo si chiama *riservativo.*

La natura di tale censo consisteva:

1. nel diritto del debitore della rendita, che avea avuto il fondo a poterlo vendere ed ipotecare, senza il consenso del proprietario originario, perchè il fondo era stato a lui alienato in proprietà con la sola riserva della rendita.

2. nel diritto del debitore della rendita di esimersi dal pagamento di essa se il fondo fosse perito, perchè mancava il cespite sopra cui la rendita si era riservata.

---

(1) Il censo riservativo oggi si chiama rendita fondiaria. Il censo consegnativo o bollare oggi si chiama rendita semplice o censo. Per Codice francese, seguito da' diversi Codici della penisola, si ebbe la rendita limitata alla vita di una persona mediante il pagamento di un capitale ovvero l'alienazione di cosa mobile o immobile, e si chiamò contratto vitalizio, nome che ha oggi ritenuto.

Sia però qualunque di tali tre specie di rendite, esse convergono in ciò che si riducono all'interesse di un capitale inesigibile, il qual capitale è costituito da danaro, da mobili, o da immobili.

Digitized by Google

3. nel dovere del debitore della rendita di non poterla riscattare, perchè si partiva dal principio che il riscatto è proprio della vendita (nella quale si ammette il patto del riscatto cioè della ricompra a favore del venditore) e il debitore della rendita non avea venduto, ma invece avea comprato obbligandosi alla corrisposta annua.

4. nel diritto del creditore della rendita a far vendere il fondo se il debitore non lo pagasse, e a mantenere così la sua rendita a carico del novello compratore, e, non trovando compratori, a farsi aggiudicare il fondo.

5. nel diritto del creditore della rendita a perseguitare anche il terzo possessore pel pagamento della rendita dovutagli (1).

Censo consegnativo, detto bollare.

§ 918. Questa specie di censo prende capo da un altro ordine di idee, cioè dalle vicende del mutuo ad interesse.

Come ognun sa, il mutuo ad interesse fu causa di gravi tumulti ne' tempi di Roma, al segno che dovè occuparsene la Legge delle 12 Tavole da cui fu stabilito che l' interesse non dovesse oltrepassare il 10 per 100, interesse poi permesso in varia misura e sempre col divieto dell' anatocismo. Veggasi § 785.

---

(1) Per Codice civile il censo riservativo si è mantenuto sotto il nome di rendita fondiaria, ma con le seguenti variazioni:

1. Il creditore della rendita non ha più un diritto immobiliare sul fondo, ma ha soltanto una ragione creditoria personale e perpetua verso il debitore della rendita, e se vuol esser sicuro del pagamento da parte di lui o di terzi, deve costituire ipoteca del suo diritto, ma la proprietá del fondo passa intera nel debitore, art. 1778, 1779, 1780, 1781.

2. Se il fondo perisce, non perisce la rendita, perchè è svanita per Codice civile la ragione immobiliare e resta il credito.

3. Il debitore della rendita è ammesso al riscatto, secondo le norme comuni, ma può pattuire che il riscatto non si faccia durante la vita del creditore o in un termine che non ecceda i 30 anni, art. 1783.

4. Se il creditore non è pagato per due anni, ovvero se il fondo vien diviso fra più di tre possessori, oppure se il debitore cada in fallimento, o non dia le cautele promesse, o manchino quelle date, il creditore non ha il diritto di ripigliarsi il fondo, ma può obbligare il debitore al riscatto, e se questi non lo fa, può far vendere il fondo, e prendersi ciò che gli spetta pel riscatto medèsimo, art. 1785, 1786.

Per riguardo poi a' censi riservativi precedenti alla pubblicazione del Codice francese che ebbe vigore in Italia, è mantenuto il carattere immobiliare (articolo 5 Legge 24 gennaio 1864, n. 1636) onde possono farsi valere anche in possessorio, ma debbono iscriversi per farli valere contro i terzi. Di più è data la facoltà del riscatto.

Digitized by Google

Anche la Chiesa vietò il mutuo ad interesse. Se ne dava per ragione che il denaro, cosa sterile qual'è, non era capace di frutti, ma in realtà la ragione era che i tempi erano avversi alle grandi usure ch' erano causa di pubbliche miserie.

Vietato così il mutuo ad interesse dalla legge civile e canonica, l' ingegno umano trovò modo da mascherarlo, mediante una rendita, e il trovato fu tale che le due leggi civile e canonica vi si adattarono, e due Pontefici, cioè Martino V e Pio V lo approvarono con loro Bolle, onde questo censo si chiamò pure *Bollare.*

Tale rendita consisteva nel consegnar danaro (onde il nome di censo consegnativo) al proprietario di un fondo, il quale per corrispettivo vendeva all' altro una parte di frutti annui del fondo medesimo e con facoltà al debitore della rendita di redimerla restituendo il danaro avuto.

Le differenze tra il mutuo ad interesse e il censo consegnativo erano gravi, e fanno ben distinguere la natura di tale censo.

1. nel mutuo, il mutuatario deve sempre restituire la somma a capo di qualche tempo, e nel censo consegnativo non v'era obbligo di restituzione, e la prestazione si dava in perpetuo e in forza di compravendita di frutti.

2. nel mutuo il caso colpisce il mutuatario; e nel censo consegnativo il caso colpiva egualmente e il creditore e il debitore della rendita, essendo entrambi proprietarii.

3. nel mutuo v' è diritto personale: nel censo consegnativo v'è diritto reale.

4. il riscatto poi permesso al debitore della rendita rifermava l' idea della vendita, quasichè il debitore avesse venduto col patto di ricompra (1).

(1) Il Codice civile ha permesso il mutuo ad interesse senza alcun limite con la sola condizione che se passi la misura legale del 5 per 100 deve farsene atto scritto, art. 1831, e lo ha tenuto ben distinto dalla rendita semplice che chiama anche censo.

La ragione per cui ha permesso il mutuo ad interesse è perchè in economia politica si ritiene che il capitale è un lavoro accumulato, e il capitalista merita un profitto che lo compensi del lavoro, che il mutuo non è che uno scambio di servigi, e chi fa servizio ad altri ha diritto ad un corrispettivo.

La ragione per la quale ha permesso stipulare qualunque interesse è che la misura dell'interesse per essere giusta dev' essere costituita 1. dal rapporto tra l'offerta e la domanda cosicchè se vi sono più offerte e meno domande l'interesse abbassa, e viceversa più domande e meno offerte l' interesse si eleva — 2 dai rischi maggiori o minori che s'incontrano nell'impiego del danaro, onde la misura sarà più bassa se vi è maggior sicurezza, e viceversa più alta se ve n'è meno.

La ragione per cui ha richiesto la prova scritta per la misura eccedente il 5 per 100 è per avere nella pubblicità una garenzia di equità. Veggansi note al § 786.

Digitized by Google

Società.

§ 919. La società è definita — *contractus consensualis de re vel operis comunicandis, lucri in comune faciendi caussa.* — Si dice *con-*

Or la rendita semplice, detta anche censo, ritenuta dal Codice civile italiano si è mantenuta con le seguenti variazioni:

1. La rendita semplice odierna non è nè più nè meno di un credito di prestazione annua perpetua, senza che abbia punto la natura immobiliare, e deve essere assicurata con ipoteca sopra un fondo del debitore, altrimenti il creditore può ripetere il suo capitale, art. 1778, 1779, 1782.

2. Tale rendita non si estingue con la perdita del fondo, perchè rimane sempre fermo il credito, e soltanto viene a mancare la guarentigia.

3. La medesima rendita non può ripetersi dal creditore, ed è redimibile dal debitore, potendosi però pattuire che il riscatto non si faccia durante la vita del creditore o per un termine non eccedente i 10 anni, art. 1783. Il riscatto però consiste nella restituzione del capitale, art. 1784.

4. Se il creditore non è pagato per due anni, ovvero se il fondo vien diviso fra più di tre possessori, oppure se il debitore cada in fallimento, o non dia le cautele promesse, o manchino quelle date, il creditore può obbligare il debitore al riscatto, e, se questi non lo fa, può far vendere il fondo, e prendersi ciò che gli spetta pel riscatto medesimo, art. 1785 e 1786.

Pe' censi consegnativi precedenti al Codice francese ch'ebbe vigore in Italia, si è mantenuto il diritto immobiliare, e si riconosce per essi il possesso, art. 5 Legge 24 gennaio 1864, n. 1636.

Dobbiamo ora parlare della rendita vitalizia.

La rendita vitalizia è quella per la quale si dà una prestazione annua durante la vita di alcuno. Si può costituire a titolo gratuito per donazione o per testamento, o a titolo oneroso per contratto.

Se la rendita vitalizia è costituita a titolo gratuito si riduce ad un debito annuo che assume a se il donante, ovvero ad un peso che il testatore impone a chi è caricato del legato. In tali casi il donante e il testatore possono dichiarare insequestrabile la rendita, art. 1790 e 1800.

Ma se la rendita vitalizia è costituita a titolo oneroso, rientra tra i contratti aleatorii, cioè tra quelli in cui predomina la sorte.

I Romani non aveano formolato questo contratto, perchè abborrivano dai contratti pe' quali si prendesse come termine la vita umana. Che se a' tempi Romani si fosse stipulato, si sarebbe avuto un contratto innominato.

La rendita vitalizia a titolo oneroso si ha quando alcuno dà denari, mobili o immobili ad un altro, il quale si obbliga di corrispondere una prestazione annua durante la vita di quello o di un terzo, art. 1789, 1790.

L'alea entra nella sola rendita vitalizia costituita a titolo oneroso, perchè la vita più o meno lunga del creditore della rendita, l'interesse più o meno elevato delle pensioni che si pagano, possono far guadagnare e possono far perdere al creditore o al debitore della rendita per rapporto al corrispettivo dato dall'uno all'altro in danaro, mobili o immobili. L'alea non può trovarsi nel vitalizio a titolo gratuito appunto perchè non v'è corrispettivo da parte del creditore della rendita.

Digitized by Google

tractus consensualis perchè è perfetto col solo consenso: dovranno i socii conferire la cosa o l'opera in comune, ma ciò è un effetto del contratto, e non rientra nella sostanza di esso, al pari della tradizione della vendita — *de re vel operis comunicandis* perchè deve mettersi tra i socii in comune una qualche cosa che rappresenti un capitale, o rappresenti capitale e lavoro insieme — *lucri in comune faciendi caussa* perchè il fine della società dev'essere quello del guadagno comune ai socii (1).

§ 920. La società ha per base la lealtà e la fiducia, onde i principii supremi direttivi sono due cioè la buona fede e la fraternità. Per lo che Ulpiano disse — *venit in hoc judicium pro socio bona fides*, fr. 52, § 1, *pro socio* 17, 2. — *societas jus quodammodo fraternitatis in se habet*, fr. 63, *in prin. eodem* (2).

I caratteri distintivi poi del contratto di società sono tre:

1. *Affectio societatis*, cioè accordo delle volontà dei socii pel fine proprio di questo contratto, cioè di mettere in comune qualche cosa per fare un guadagno comune.

Essendo aleatorio il contratto vitalizio è irredimibile, cioè non ammette che il debitore possa liberarsene restituendo il capitale avuto, com'è permesso per la rendita semplice, art. 1784 e 1798, perciocchè tale riscatto potrebbe tornar conto al debitore della rendita e non tornar conto al creditore la restituzione del capitale, mentre entrambi sono obbligati a correre l'alea.

La rendita vitalizia a titolo oneroso può esser costituita a vantaggio di chi dà i beni, ovvero a vantaggio di un terzo, art. 1794. E può esser costituita per la durata della vita di chi dà i beni, o per la durata della vita di un altro che non ha diritto alla rendita, art. 1792.

La rendita può essere stabilita in quella misura che a'contraenti piaccia, ma sempre dev'esservi alea. E così non si avrebbe rendita vitalizia quando la rendita fosse inferiore a' frutti de' beni che si danno in corrispettivo, perchè in tal caso mancherebbe l'alea: non si avrebbe del pari se la rendita anche eccedendo di poco i frutti si facesse ad un vecchio di 90 anni; non si avrebbe per qualcuno così gravemente infermo che la morte fosse inevitabile ec.

Il contratto vitalizio si scioglie per due modi:

1. quando muore la persona sulla cui vita fu costituita, art. 1801.

2. quando il debitore della rendita non somministri le cautele stipulate per la esecuzione, art. 1796.

Il contratto vitalizio non si scioglie per mancanza di pagamento della rendita, ma invece il creditore deve agire sulle cautele dategli dal debitore ed impiegare il prodotto fino alla somma sufficiente pel pagamento della rendita, articolo 1797.

La rendita è dovuta in proporzione del numero de'giorni, ma se è convenuto il pagamento a rate anticipate, tutta la rata si acquista dal giorno della scadenza, art. 1799.

(1) Codesta definizione è presso a poco riprodotta nell'art. 1697.

(2) Principii uniformi per Codice civile. Veggansene qui di seguito l'applicazione, specialmente al punto relativo a' diritti e a' doveri de' socii.

Digitized by Google

Di che si vede la differenza che passa tra la società e la comunione di cui abbiamo parlato nel § 395 e seguenti, specialmente perchè il fine della società è il guadagno, per mezzo di ciò che si è messo in comune, e il fine della comunione invece è il godimento della cosa comune. Così ad esempio se due persone comprano congiuntamente una stessa cosa esposta all' asta, nel fine di evitar la gara fra loro, si avrà la comunione e non la società, fr. 31 e 33 *pro socio* 17, 2. Ad ogni modo, per la differenza tra la società e la comunione, noi ci rimettiamo a quanto abbiamo detto innanzi al § 396.

2. *Collatio rerum aut operarum.* È necessità che si conferisca e si metta in comune una qualche cosa, la quale può essere un capitale di vario genere come danaro, merci, fondi ec., e può essere anche la sola industria. *Plerumque enim tanta est industria, ut plus societati conferat quam pecunia*, fr. 29, § 1 *pro socio* 17, 2. I due elementi produttori della ricchezza cioè il capitale ed il lavoro felicemente si accoppiano nella società, avendo questa per obbiettivo il lucro.

3. *Lucrum honestum*, cioè da un canto un lucro a cui senz'altro deve partecipare ciascun dei socii, non potendosi mai ammettere una società *leonina* per la quale si convenga che tutti i lucri appartengano a un solo o a più socii con la esclusione di uno, fr. 29, § 2 *pro socio* 17, 2, e d' altro canto l'onestà de' mezzi e dell'obbiettivo propostosi, non potendosi tollerare ad esempio una società di ladri, o di persone infami che mantengano un lupanare, o di quelli che si propongano una frode alla Legge, come sarebbero i contrabbandieri. Se alcuno di codesta gente mal nata spiegasse azione per avere dall'altro socio la parte di lucro, verrebbe respinto, perchè la società fra loro *est turpis et foeda* come disse il Giureconsulto nel fr. 53 *pro socio* 17, 2. Veggansi anche i fr. 57 *eodem*; fr. 35, § 2, *de contrahenda emptione* 18, 1 (1).

§ 921. Del rimanente la società può esser perpetua o a termine, pura e semplice o sotto condizione, espressa o tacita, cioè derivante da fatti certi e costanti, fr. 1 *principio pro socio* 17, 2; L. 6 Cod. *pro socio* 4, 37 (1).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1697, 1698 e 1719.
(2) Teoria uniforme, arg. art. 1157 e 1697.

Digitized by Google

Divisione della società.

§ 922. I Giureconsulti Romani distinsero tre specie di società, — cioè: 1. *Societas universorum bonorum*, che rende comuni tutti i beni fra i socii qualunque sia il tempo e il modo di acquisto purchè legittimo, fr. 73 *pro socio* 17, 2 -- 2. *Societas universorum quae ex quaestu veniunt*, che rende comune il guadagno che provviene dall'industria, fr. 7 ed 8 *eodem* — 3. *Societas unius rei, uniusve negotiationis*, cioè di cosa singola, o di un dato ramo di negozii, fr. 5 pr. fr. 52 § 5 *eodem* (1).

§ 923. Parliamone distintamente:

1. *Societas universorum bonorum*. Abbraccia tutti i beni presenti e futuri, sia qualunque la ragione di acquisto, come per eredità, per donazione, per industria ec., fr. 1, § 1, fr. 3, § 1, fr. 73 *pro socio* 17, 2. Ma come l'attivo va in comuue, così del pari vi va il passivo, fr. 73 *pro socio* 17, 2, eccettuate le spese fatte per passioni, e peggio ancora per turpi azioni, fr. 52, § 18 *eodem* (2).

2. *Societas universornm quae ex quaestu veniunt*. Rende comuni i guadagni provvenienti dall' industria de' socii, qualunque essa sia, *quaestus qui ex opera cujusque descendit*, fr. 7 ed 8 *pro socio* 17, 2. Limitato l'attivo all'industria, a questa si limita anche il passivo, cioè si mettono in comune le spese senza le quali non potrebbe spiegarsi l'attività de' socii, fr. 12 *pro socio* 17, 2. Onde vi si comprendono anche le spese di mantenimento de' socii e delle loro famiglie, perchè sono una condizione indispensabile per potersi industriare, e così l'operaio, ad esempio, provvede a se e a' suoi col lavoro (3). Sti-

(1) Le medesime tre società sono ritenute dal Codice civile, art. 1700, 1701, 1702, 1705 e 1706. Veggansi le seguenti note; e si avverta che quando la società, qualunque essa sia, abbia per oggetto il godimento d'immobili e la durata fosse indeterminata o eccedente i nove anni, è di essenza la prova scritta, art. 1314, n. 5.

(2) La società universale di tutti i beni per Codice civile comprende i sol beni presenti e gli utili che potranno ricavarsene. Vi si può anche comprendere l'industria. Ma i beni che i socii acquistassero per successione o donazione vi possono entrare pel solo uso e godimento, e non già per la proprietà, perchè essendo vietata la donazione de' beni futuri, si sarebbe potuta eludere la proibizione contrattando una società universale di tutti i beni, art. 1701. Se in comune va l'attivo, in comune va pure il passivo, purchè non si tratti di folli spese, arg. art. 1701.

(3) La società universale de'guadagni oggi comprende non solo ciò che i socii saranno per acquistare con la industria, ma anche il godimento de'beni mobili ed immobili che posseggono al tempo del contratto, art. 1702.

E come va in comune l'attivo, così vi va il passivo che abbia rapporto e alla industria e al godimento de' beni, e al mantenimento de' socii e delle famiglie, arg. art. 1702.

Digitized by Google

pulando le parti una società universale, s'intende contratta quella de guadagni come meno grave, fr. 7, 13 e 73 *pro socio* 17, 2, (1).

3. *Societas unius rei uniusve negotiationis*, che è la più frequente e la più svariata, fr. 1, fr. 52, § 5 e 13, fr. 58 pr. e § 1, fr. 59 pr. fr. 63, § 8; fr. 71 pr. *pro socio* 17, 2. Codesta società ha il suo limite nella cosa o nel negozio che ne forma l'obbiettivo, fr. 52, § 5 *pro socio* 17, 2, e si mettono in comune le spese relative soltanto alla *res* o alla *negotiatio*, fr. 38, § 1 *pro socio* 17, 2 (2).

§ 924. Tra le società particolari rientrano le società commerciali, quali ad esempio erano le *societates argentariae*, le *societates emendi vendendique olei vini* ec., di cui si parla in Diritto Romano, e le quali han preso ne' secoli posteriori un così largo sviluppo e fisionomie varie (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1703.
(2) Teoria uniforme, art. 1705 e 1706.

(3) **Società commerciali.**

Le società sono commerciali quando hanno per oggetto un atto commerciale. Le società commerciali e non le associazioni sono enti morali, cioè persone giuridiche. Non si ritengono come tali le società civili.

Vi sono tre specie di società commerciali — 1. in nome collettivo — 2. in accomandita — 3. anonima. E due specie di associazioni — 4. in partecipazione — 5. e mutua.

1. La società in nome collettivo nella quale la responsabilità di tutti i socii è illimitata e solidaria, è quella che viene contratta fra due o più persone per esercitare il commercio sotto una ragione sociale, art. 76, n. 1, 77, 106 Cod. comm. Per lo che tre sono gli elementi — 1. riunione di più persone — 2. per un oggetto commerciale — 3. sotto una ragione sociale. Così Pietro, Giacomo e Giovanni si riuniscono in società per fabbricare vetri e convengono che le parole *Pietro* e *Compagni* formeranno la firma della società: tali parole costituiscono la ragione soeiale, la quale non va confusa con la denominazione dello stabilimento che può aggiungersi o no alla ragione sociale, ad es. *fabbrica di vetri*. Vi sono due regole principali. 1. i soli nomi dei socii o le loro ditte possono far parte della ragione sociale, affinchè i terzi non cadano in errore, art. 105 Cod. comm. — 2. Tutti i socii sono tenuti in solido per le obbligazioni contratte sotto la ragione sociale, quantunque un solo vi abbia apposto la firma, art. 106 Cod. comm.

2. Società in accomandita è quella che si contrae sotto una ragione sociale tra uno o più socii tenuti in solido e per tutte le obbligazioni, ed uno o più socii capitalisti tenuti soltanto fino a concorrenza de' fondi che hanno versato o promesso di versare nella cassa sociale, art. 76 n. 2. Cod. comm. Questa società è collettiva nella sua base perchè è retta dalla ragione sociale rappresentata da' socii gerenti, e d'altra parte è unita ad un' associazione di capitale che si commenda, si raccomanda a quella ragione sociale, ond' è che chiamasi in accomandita. Sicchè si riduce ad una società in nome collettivo tra socii gerenti,

Digitized by Google

§ 925. Tra le società particolari si fanno rientrare la colonia parziaria e la soccida, sopra le quali dobbiamo intrattenerci.

La colonia parziaria e la soccida risentono della società e della locazione.

Di vero: l'elemento caratteristico della società è il conferimento in comune di cosa e d'industria per avere un guadagno comune. L'ele-

---

e ad un'associazione di capitale. Vi sono due regole principali — 1. I soli nomi de' socii responsabili e solidali possono far parte della ragione sociale, art. 114 Cod. comm. — 2. I socii accomandanti non possono fare atti di amministrazione, nemmeno quali procuratori degli altri socii, art. 118 Cod. comm., e se lo fanno son tenuti in solido co' socii in nome collettivo per tutti i debiti e per tutte le obbligazioni della società, art. citati Cod. comm.

3. Società anonima è società di capitale e non di persone, cioè è quella che non ha un nome sociale, nè è indicata col nome di alcuno de' socii, ma riceve la sua denominazione dalla qualità della impresa che ne forma l'oggetto come Cassa di sconto in . . . . . La sua istituzione si realizza col mezzo di capitali che sono cedibili con dichiarazione scritta nei registri della società, e che possono anche alienarsi con la tradizione del titolo, se le azioni invece di essere nominative sono al portatore. L' amministrazione di fatto di questa società è confidata a mandatarii socii od estranei, stipendiati o gratuiti, sempre rivocabili dalla maggioranza degli azionisti. La suprema direzione è attribuita a dei Consigli di sorveglianza ed all' assemblea degli azionisti, ai termini dei capitoli sociali contenuti nello Statuto che ne regola l' istituzione. Contrattando con gli amministratori, s' intende fatto il contratto con l' ente sociale. Tre sono le regole principali — 1. La società anonima è società di capitali e non di persone, ond'è che in essa non esistono socii responsabili e solidali, ma si trovano tutti esposti al solo pericolo di perdere lo ammontare della loro quota, art. 76 n. 3. Cod. comm. — 2. È amministrata da mandatarii revocabili temporanei socii o non socii, art. . . . . — 3. Il capitale si divide in azioni nominative o al portatore, art. 121 Cod. comm.

4. Associazioni commerciali in partecipazione. Queste, considerate in rapporto a' socii tra loro, sono vere società : considerate in rapporto a' terzi non lo sono. Laonde sono società che si contraggono tra varie persone affine d'intraprendere una o più operazioni di commercio speciali e determinate, senza ragione sociale nè altra forma atta a dare una pubblica esistenza, art. 233 Cod. comm. Vi sono tre regole — 1. Questa associazione non costituisce un ente morale distinto dalla persona de' singoli partecipanti, a differenza di quanto ha luogo nelle suddette tre società commerciali, art. 235 Cod. comm. — 2. I socii contrattano privatamente nel proprio loro nome — 3. I terzi hanno azione soltanto contro il socio col quale hanno contrattato, sebbene il risultato sia comune all' associazione, art. . . . . Cod. comm.

5. Associazione di mutua assicurazione si ha quando l'oggetto della società non è un lucro, ma la vicendevole assicurazione di un danno per rischi relativi a certi atti od oggetti del commercio de' socii.

Le regole principali sono: 1 Costituisce rispetto a' terzi, un ente collettivo distinto dalle persone degli associati, art. 239 Cod. Comm. — 2 deve essere provata per iscritto, art. 240 Cod. Comm. — 3 È amministrata da associati, che ne sono mandatarii e sono revocabili, art. 241 Cod. Commerciale.

Digitized by Google

mento caratteristico della locazione è la concessione dell'uso di una cosa o la prestazione di un'opera per avere una certa mercede.

Or la colonia parziaria risente della società essendo posto in comune il fondo dal proprietario e l'industria dal colono, ed avendo entrambi il fine di lucrare, cioè di dividersi i frutti. E risente della locazione di cosa e di opera, perchè il proprietario si obbliga a far godere il fondo dal colono e questi ad impiegarvi la sua opera, e tutti e due hanno una mercede, cioè la parte dei frutti.

Lo stesso è della soccida. Vi si trova la società perchè chi dà il bestiame conferisce la cosa, e chi lo prende conferisce cosa ed industria per l'alimento, cura e custodia delle bestie ed entrambi hanno fine di lucro, cioè di dividersi il prodotto. E vi si trova la locazione perchè chi riceve il bestiame ne ha il godimento e parte del prodotto, e chi lo dà ne ha la mercede che consiste nell'altra parte del prodotto.

Prevale intanto nella colonia parziaria l'elemento della locazione, e per converso nella soccida l'elemento della società.

Perciocchè nella colonia parziaria l'intenzione del proprietario del fondo è di darlo in godimento al colono per averne una quota di frutti, e l'intenzione del colono è di avere la mercede del lavoro che impiega sul fondo percependo l'altra quota di frutti.

La società vi entra perchè accade che con quella locazione di cose e di opere così intrecciata, si ha un risultato di cosa ed opera messe in comune, e di divisione di guadagno comune, ma è certo che la locazione sta nella intenzione de' contraenti, non già una combinazione d'interessi fatta nel fine di trarre in comune un guadagno.

Per la soccida invece si ha che uno somministra il gregge, l'altro l'industria, e resta comune il prodotto; ovvero si ha che ciascuno de' contraenti conferisce la metà del bestiame il quale resta comune pel guadagno e per la perdita. Spicca con tutta evidenza la società essendovi la intenzione di conferire cose, ovvero cose ed opere in comune, nel fine di trarre lucro, benchè pel godimento e per la mercede vi si riscontrino i caratteri della locazione.

Or i Giureconsulti Romani, sempre acuti quali erano, dicevano che la colonia parziaria si accostava alla società, e assimilavano il colono al socio *quasi societatis jure*, fr. 25, § 6, *locati conducti* 19. 2.

Ma per la soccida vedean così certo i caratteri della società per quanto riconoscevano l'*actio pro socio*, fr. 13, § 1, *de praescriptis verbis*, 19, 5; fr. 52, § 2 *pro socio* 17, 2.

Le norme che disciplinarono codesti due contratti vennero sviluppate e precisate nei secoli posteriori, e specialmente per la soccida vi s'insinuarono per consuetudini altre specie che allontanarono la

Digitized by Google

soccida dall' indole primigenia, ma i principii direttivi sono precisamente quelli de' quali abbiamo discorso (1).

(1) Il Codice civile riconosce precisamente codesti principii, poichè fa partecipare la colonia parziaria della locazione e al segno che dispone doversi per la colonia applicare le regole stabilite in generale per le locazioni di cose, e in particolare per le locazioni di fondi rustici, salve le speciali modificazioni, articolo 1647 capoverso. Ma il Codice non disconosce che la colonia parziaria risente della società perciocchè parla della colonia parziaria in apposita sezione staccata e dopo la locazione di cose e di opere, e dice chiaramente che qualcuna delle specie di soccida, di cui parlavano i Giureconsulti Romani, è una società, art. 1684. Sull'argomento della soccida poi il Codice si estende e s' intrattiene anche per quelle che costituiscono una vera locazione.

Fermati così i principii direttivi, bisogna conoscere come oggi quei contratti son disciplinati.

La colonia parziaria è chiamata dal Codice *mezzadria*, *masseria*, o *colonia;* e la soccida è chiamata *locazione a soccida o soccio* ed è distinta in varie specie. Giova discorrerne distintamente.

Mezzadria, masseria, o colonia.

La colonia è quella convenzione mediante la quale l'uno dei contraenti coltiva un fondo altrui col patto di dividere i frutti col locatore, art. 1647.

Vi sono norme che si debbono sempre osservare e norme che si debbono osservare in mancanza di patti e di consuetudini.

Norme che si debbono osservare sempre

Si riducono a tre punti: 1.° Obblighi del colono. 2.° Perdita dei frutti. 3.° Scioglimento del contratto

1.° *Obblighi del colono.* Non può nè cedere nè sublocare Art. 1649. La ragione è che la colonia si fa in considerazioue dell' attitudine, perizia ed onestà del colono. Nè può vendere fieno, paglia, e concime nè fare carreggiature per altri, art. 1650, perchè ciò potrebbe recar danno al fondo e distrarre cose ad esso destinate.

2.° *Perdita per caso fortuito di tutto o parte del ricolto.* Va a carico comune, senza che l' un contraente abbia azione d' indennità verso dell' altro, articolo 1648.

3.° Lo scioglimento si ha con la fine dell'anno agrario in corso, quando accade la morte del colono; ma se questi muore negli ultimi quattro mesi, gli eredi con lui coabitanti, ed in mancanza di essi la vedova, continuano per l' anno seguente, art. 1653. La ragione è che essi han pure lavorato e d' altronde conveniva essere equi. La colonia finisce pure con la condizione risolutiva espressa o tacita, art. 1165. 1652. Non cessa mai di diritto ed è sempre necessaria la licenza. Se è contratta a tempo indeterminato, s'intende fatta per un anno, il quale comincia e termina coll' 11 Novembre, e la licenza deve darsi al Marzo. art. 1651, 1652, 1664.

Norme che si osservano in mancanza di patti o consuetudini.

Sono regole relative a spese da sostenersi per la colonia.

Digitized by Google

Diritti e doveri de' socii fra loro.

§ 926. Tutti i diritti e doveri che hanno fra loro i socii mettono capo a' due grandi principii regolatori di questa materia, e de' quali abbiamo parlato innanzi al § 920, cioè la buona fede e la fraternità.

---

1. Il bestiame e gli strumenti necessarii pel lavoro sono a carico del colono, art. 1655.

2. Le sementi si forniscono metà per ciascuno, art. 1656.

3. Le spese di coltura e raccolto sono a carico del colono, art. 1657.

4. Le piante in rimpiazzo delle morte o cadute debbono darsi dal locatore e piantarsi dal colono art. 1658.

5. Lo spurgo dei canali è a carico del colono come pure lo sono poche altre opere somiglianti, art. 1659.

Vi hanno poi tre regole non relative a spese:

1.° Il colono, non può raccogliere nè battere i grani nè far la vendemmia senza avvertire il locatore, e ciò nel fine di evitare le frodi, art. 1660.

2.° I frutti si dividono a metà, art. 1661, sempre quando non vi sian patti o consuetudini in contrario, art. 1654.

3.° Il locatore ed il colono debbono avere un libretto per ciascuno in cui si annotano di mano in mano le partite di credito e debito ed anche le aggiunte o modificazioni a' patti. Il logatore deve prendere nota in tutti e due i libretti, i quali fanno fede, purchè il colono non abbia reclamato prima della scadenza di quattro mesi dalla data dell' ultima partita. Se uno dei libretti si perde, fa fede l' altro libretto. Se libretti non vi sono, si ricorre alle regole generali, art. 1662, 1663.

Soccida.

La locazione a soccida, chiamata pure soccida o soccio, è definita dal Codice Civile un contratto per cui una delle parti dà all' altra una quantità di bestiame, perchè lo custodisca, lo nutrisca e ne abbia cura a norma delle condizioni fra esse convenute, art. 1665 — Ma tale definizione non è esatta, perchè nella soccida a metà, il bestiame è messo da tutte e due le parti, e nella definizione data, manca la idea del guadagno e della divisione di esso. Gli scrittori non offrono una definizione che abbracci tutte le specie di soccida, ma avvertono che bene in quell' articolo vi è l' elemento caratteristico e differenziale del fondo di bestiame.

Si può dare a soccida qualunque specie di bestiame che sia capace di accrescimento o di utilità all'agricoltura e al commercio, art. 1667, come sarebbero buoi, cavalli, maiali, ed anche anitre, galline, ma non animali feroci, perchè non giovano al commercio produttore che arricchisce la nazione, sebbene profittino esponendoli al pubblico. È codesto un commercio non produttore ma fatto a spese de' curiosi.

Vi sono quattro specie di soccida — 1.° soccida semplice — 2.° soccida a metà — 3.° soccida coll' affittuario o col mezzaiuolo — 4.° soccida impropriamente detta.

§ 927. Dal principio della buona fede discendono come di conseguenza i doveri — I. di conferire scrupolosamente alla massa sociale tutto ciò che si è promesso — II. di dividere i guadagni e le perdite — III. di tenere indenni i socii che avessero fatto delle spese — IV. e di risarcire i danni commessi per dolo o colpa.

Soccida semplice.

1. *Principii regolatori* — La soccida semplice è un contratto per cui una delle parti dà all'altra del bestiame per custodirlo, nudrirlo e averne cura, a condizione che il conduttore profitti del latte, del concime e del lavoro del bestiame, e guadagni la metà della lana e dell'accrescimento, salvo patti contrarii — art. 1669 e 1676. L'accrescimento consiste nel maggior valore e nei parti, art. 1669.

Il bestiame dato e l'accrescimento divengono capitale della soccida, e non possono separatamente disporne nè il locatore nè il conduttore, art. 1670, 1678 — Quando la soccida è fatta con l'affittuario altrui, dev'essere notificata al locatore del fondo, altrimenti questi prende privilegio, art. 1679.

È vietato sotto pena di nullità di pattuire.

1.° Che il conduttore sopporti più della metà della perdita per caso fortuito del bestiame.

2.° Che egli abbia nella perdita una parte più grande che nel guadagno.

3.° Che il locatore prelevi in fine della locazione qualche cosa oltre il bestiame dato a soccida. Così dispone l'art. 1677, il quale cerca di evitare che il locatore abusi del conduttore che suppone povero.

È valido il patto per lo quale il conduttore cede parte del latte, del concime, e del lavoro al locatore, art. 1669, 1675, 1677 — Pel locatore poi vi possono essere clausole onerose, essendo fatto il divieto dalla legge pel solo conduttore.

2.° *Obblighi del conduttore.* Il conduttore è obbligato di adoperare diligenza da buon padre di famiglia, art. 1671, e deve rispondere dei casi fortuiti ai quali avesse dato occasione, art. 1672. Non può adibire gli animali ad usi diversi da quelli cui son destinati, e molto meno locarli, nè può tosare le bestie senza darne avviso al proprietario, art. 1680.

3.° *Perdita.* Sia totale o parziale, se avviene per caso fortuito è a carico del locatore purchè il conduttore non abbia rinunziato a' danni provvenienti dal caso, ma egli deve sempre dar conto delle pelli, art. 1674, 1675. Se vi è controversia il conduttore deve provare il caso fortuito, e il locatore la colpa, art. 1673.

4.° *Scioglimento* — Si ha se si verifichi la condizione risolutiva espressa o tacita, art. 1682, e per lo spirare del tempo stabilito, e, quando le parti siensi taciute sulla durata, si ritiene il periodo di tre anni, art. 1681.

Finita la soccida deve procedersi alla stima per ragguagliare il valore a quello che il bestiame avea al tempo del contratto. Per lo che se in tale tempo la stima non fu fatta, bisogna che il valore che il bestiame avea, venga stabilito con le prove ordinarie. Conosciutosi così il prezzo precedente e l'attuale, se si trova un prezzo minore o uguale, il locatore prende tutto, senza che il conduttore debba concorrere nella perdita; se è maggiore, il locatore preleva bestie ragguagliate al valore di quelle date al tempo del contratto, e il di più si divide — art. 1683.

Digitized by Google

§ 928.—I. *Conferimento* — Innanzi tutto vi è la *collatio rerum aut operarum* di cui si è parlato innanzi al § 920, fr. 63 *pro socio* 17. 2, e quante volte il socio non vi adempia, egli deve risponder dei danni

---

Soccida a metà.

La soccida a metà è una società nella quale ciascuno de' contraenti conferisce la metà del bestiame che resta comune pel guadagno e per la perdita — art. 1684.

La differenza con la soccida semplice è — 1.° che in questa dà gli animali il solo locatore, e nella soccida a metà conferiscono tutti e due i contraenti — 2° che in quella la perdita è del locatore, in questa di entrambi.

Per tutto il resto si applicano le norme della soccida semplice, e specialmente il soccio fa suo il lavoro degli animali, il concime e il latte, e si divide l'accrescimento e la lana, art. 1685, 1686.

Soccida con l' affittuario, o col mezzaiuolo.

Bisogna parlarne distintamente.

1.° *Soccida con l'affittuario* — Questa si ha quando il proprietario di un fondo dà in affitto ad altri e il fondo e il bestiame che vi è,, a condizione che al termine della locazione il conduttore lasci degli animali di valore eguale al prezzo di stima di quelli ricevuti, art. 1687.

Questa soccida, chiamata *soccida di ferro*, è una vera locazione, perchè è un accessorio della locazione del fondo, e l'affittuario fa suo tutto l'accrescimento e tutto il guadagno, meno il concime che deve essere impiegato sul fondo, onde accade che i creditori del conduttore possono pignorare gli animali per l'eccedenza del prezzo di stima.

Sono salvi i patti contrarii. Il rischio però della perdita va a carico del conduttore, art. 1688 a 1691.

Al termine della locazione non può il conduttore prendersi gli animali e pagare al locatore la stima. Deve invece lasciare gli animali che corrispondano al prezzo di stima fatta nel contratto. Il di più è suo, art. 1692.

2.° *Soccida col mezzaiuolo.* È soccida che va unita alla colonia parziaria. Il godimento del bestiame però non è (come per la soccida di ferro) esclusivo del conduttore, ma è comune a lui e al locatore, di modo che, a somiglianza della soccida semplice, l'accrescimento e la lana van divisi fra loro e così anche la perdita, art. 1695. Debbono seguirsi le norme della soccida semplice, e inoltre può pattuirsi che il locatore possa prendersi la sua parte di lana al prezzo minore dell' ordinario, che abbia una maggior porzione di utili, e che gli spetti la metà del latte, art. 1693, più di tutto perchè gli dà la stalla.

Codesta soccida finisce con la colonia, art. 1694.

Soccida impropriamente detta.

Questa soccida si ha quando si danno una o più vacche perchè siano custodite ed alimentate, delle quali il locatore conserva la proprietà, avendo soltanto il guadagno de' vitelli. Tutt'altro, cioè lavoro, concime e latte cede a

Digitized by Google

ed interessi. Che se accadesse la evizione di ciò che il socio ha conferito, egli deve guarentirla, fr. 14 e 15 *pro socio* 17 2; fr. 3 *de actionibus empti et venditi* 19 1. Il socio d'industria deve conferire il guadagno fatto con essa, fr. 7. 8. 71. *pro socio* 17. 2 (1).

§ 929.— II. *Divisione*—Vi è di poi la divisione dei guadagni e delle perdite, al cui proposito i socii o hanno convenuto espressamente la ragione del riparto, o si sono tacitamente adattati alle disposizioni di Legge, ovvero si sono rimessi al giudizio di uno de'socii o di un terzo per determinare le porzioni.

§ 930. Possono i socii liberamente convenire sulla quota di ciascuno, poichè i contraenti hanno il diritto di pattuire come meglio credono sui loro interessi. Ma la società può facilmente degenerare nella oppressione del debole, onde i Romani segnarono alcuni limiti alla libertà dei socii, cioè:

a) Fu vietata la società leonina, perchè essa si oppone direttamente al fine della società quale è il lucro in comune, come abbiamo detto innanzi al § 920. Ma se è vietata la società per la quale alcuno si prendesse tutto, è vietato del pari la società per la quale alcuno non fosse esposto ad alcuna perdita. È una giusta ragione di equazione. Per altro i Romani facevano eccezione pel socio d'industria, per la quale ritenevano potesse pattuirsi che egli non dovesse contribuire alle perdite perchè potrebbe tornar molto conto ai socii di averlo in loro compagnia per l' attività, per la perizia, pel credito ec., fr. 29, § 1, *pro socio* 17 2 (2).

b) Se vi è un differente riparto, vi deve essere un differente apporto, cioè un differente conferimento fr. 29 pr. *pro socio* 17 2 (3).

c) Se i socii han pattuito il riparto pel lucro, e si son taciuti per la perdita, o viceversa han pattuito il riparto per la perdita e si

vantaggio al conduttore, art. 1696. È detta *impropria* perchè manca la divisione dell'accrescimento.

Il conduttore deve far alimentare i vitelli finchè non siano abbastanza forti. Si fissa ordinariamente il tempo ad un mese.

Il caso fortuito è a carico del locatore.

Finisce nel tempo stabilito. E se non venne determinato, finisce quando piace al locatore di ritirare e al conduttore di restituire, purchè ciò si faccia in buona fede, cioè senza scapito dell'altro contraente, come per esempio quando il locatore volesse ritirarle dopo lo sgravo, e il conduttore volesse restituirle dopo inaridite le poppe. Il Giudice decide *arbitratu boni viri*.

(1) Teoria uniforme, art. 1709, 1710 e 1711.

(2) Teoria uniforme, senza che si faccia eccezione pel socio d'industria, articolo 1719.

(3) Per Codice civile si può pattuire che il guadagno sia in maggior proporzione di ciò che si è conferito, e in maggior proporzione della perdita, purchè la proporzione non sia evidentemente iniqua, arg., art. 1719.

Digitized by Google

son taciuti pel lucro, la proporzione fissata pel caso espresso, vale pel non espresso, § 3, *Inst. de societate* 3, 26 (1).

d) Possono i socii pattuire una proporzione diversa tra i lucri e le perdite, e così ad esempio che un socio abbia due parti di lucro e la metà della perdita, e l'altro socio una parte di lucro e l'altra metà della perdita, ma si richiede che la liquidazione si faccia al risultato ultimo e complessivo, non già per ciascuna singola frazionaria operazione, potendo riuscirne alcuna felice ed altra infausta, ed avendo avuto le parti certamente l'intenzione di valutare il risultato definitivo § 2, *Inst. de societate* 3, 26 (2).

e) Può pattuirsi che un socio faccia suo tutto il guadagno fino ad un certo limite, e che il dippiù, se si abbia, diasi all'altro socio, perciocchè sebbene possa accadere che il primo assorba tutto, può accadere del pari che il secondo faccia un lauto guadagno ed anche più esteso del primo, fr. 52, § 7 *pro socio* 17 2 (3).

§ 931. Quando invece i socii siensi taciuti intorno al riparto dei guadagni e delle perdite, il diritto romano voleva che tanto l'una quanto le altre fossero divise tra loro *aequis partibus*, fr. 29 pr. *pro socio* 17 2; § 1, *Institution. de societate* 3, 26; Gaio commentario 3, § 150.

Ma sopra quella frase *aequis partibus* si divisero gl'interpreti, poichè alcuni sostennero che dovesse intendersi nel senso di divisione proporzionata a ciò che ciascun socio avea conferito, ed altri di divisione eguale fra i socii. Gli uni ripetevano con Aristotile — *non justum esse aequam partem ferre centum minarum qui unam minam attulit, atque eum qui reliquum omne contulit.* (Lib. 3, cap. 9, *de Repub.*) e dicevano che pe' fr. 6 e 76 *pro socio* 17, 2, l'arbitro cui le parti si fossero rimesse deve aver presente la proporzione che risulta da quanto ciascuno de' socii conferì. Gli altri si appoggiavano al principio della fraternità fra i socii, la quale consiglia una uguaglianza perfetta tra loro, non potendosi avere per norma ciò che era stabilito pel caso di designazione di un arbitro, mentre, se per esso si può supporre che le parti vollero una proporzionalità nella divisione degli utili e de' danni, devesi pel silenzio assoluto de' socii ritenere piuttosto che essi valutassero come uguali gli apporti, benchè materialmente differenti. Veggansi Noodt *ad pandectas,* tit. *de societate*, Vinnio, *Inst. de societate*, § 1; Pothier, *Società,* n. 73 (4).

(1) È regola d'interpretazione in materia di società, che può ben ritenersi.

(2) Anche questa è una regola d' interpretazione in materia di società, che può ben ritenersi.

(3) Può ben ritenersi come principio di diritto in materia di società.

(4) Il Codice civile nel silenzio de' socii ritiene il riparto proporzionale a quanto ciascun socio ha conferito, ed aggiunge che riguardo a colui che ha

Digitized by Google

Se poi i socii per la divisione de' guadagni e delle perdite siensi rimessi al giudizio di uno di essi o di un terzo, per determinare le porzioni, può accadere che la persona designata non possa o non voglia, ovvero può non riuscire di piacere ai socii la determinazione che quegli facesse. Or se mai chi è designato non voglia o non possa, la società non ha effetto, perchè s'intende contratta sotto la condizione che sieno determinate le parti da chi vi è stato designato e la condizione sarebbe svanita, fr. 75 *pro socio* 17, 2. Se poi non riescisse di piacere a qualcuno dei socii la determinazione fatta, egli potrà reclamare quante volte non si sieno determinate le porzioni *arbitratu boni viri*, cioè proporzionando il riparto all' apporto, ma siensi manifestamente violati i principii di equità e di giustizia, fr. 6, 76 ad 80 *pro socio* 17, 2 (1).

§ 932. — III. *Indennità* — Oltre al riparto degli utili ciascun socio deve essere rivaluto dalla società dei crediti che contro di essa vanta: 1. Per le spese fatte per la società. 2. Per le obbligazioni contratte per gli affari sociali. 3. Per le perdite inseparabili della gestione. La ragione è chiara: il socio che presta la sua opera per la società è un mandatario di essa, e deve perciò essere indennizzato di tutto ciò che ha perduto per la esecuzione del mandato.

Bisogna bene intendere quelle tre cause di crediti.

Se un socio per gli affari sociali fa delle anticipazioni, come ad esempio per un viaggio, ha dritto di esserne rivalutato, quante volte la spesa siesi fatta da lui in buona fede. Nè potrebbe dirglisi che un altro socio avrebbe speso di meno, poichè, anche quando ciò fosse vero, la colpa sarebbe della società che non ha scelto per viaggiare un altro socio più frugale ed economico. L' interessante è che il consocio viaggiatore abbia fatto le spese di viaggio in buona fede, fr. 62, § 15 *pro socio* 17, 2. Fabro *Rationalia ad pandectas* su detta Legge.

Per le obbligazioni contratte dai socii per gli affari sociali, la società deve pure farne rivaluta, e così ad esempio per un debito che

---

conferito soltanto la propria industria, la sua parte nei guadagni o nelle perdite è regolata come la parte di colui che nella società ha conferito la somma o porzione minore, art. 1717. In realtà il Codice ha fatto troppo meschina considerazione della intelligenza e del lavoro, senza i quali niuna impresa riesce.

(1) Per Codice civile, se i socii hanno convenuto di rimettersi al giudizio di uno di essi o di un terzo per determinare le porzioni, la determinazione che sarà data non può impugnarsi che nel caso in cui sia evidentemente contraria all'equità. Non è ammesso alcun reclamo a questo riguardo quando sono decorsi più di tre mesi dal giorno in cui il socio che si pretende leso, ha avuto notizia della determinazione, o quando dal suo canto ha cominciato ad eseguirla, art. 1718.

Digitized by Google

alcuno di loro avesse incontrato nel fare una compra vantaggiosa, e ciò anche quando l' affare non fosse bene riuscito. Quì pure si applica il criterio della buona fede, fr. 67 § 2, fr. 82 *pro socio* 17, 2, fr. 17 *de in rem verso* 15, 3. Pothier, *Mandato* n. 81.

Riguardo poi alle perdite cioè ai rischi inseparabili dalla gestione, vale a dire ai pericoli e casi fortuiti che ha incontrato il socio occupandosi degli affari sociali alle sue cure affidati, egli ha pure il diritto ad essere risarcito. Pongasi ad esempio che in una società di bestiame, un socio che conduca dei cavalli alla fiera, e che per non far fuggire gli animali abbia un morso, sia obbligato a stare a letto più mesi. È giusto che la società ne lo indennizzi, perchè il rischio era inerente alla operazione sociale, e come il pericolo si è corso per la società, deve questa riparare il danno. Codesto è il sistema prevalso dopo i tempi romani, poichè in dritto romano tale punto era disputato al segno che mentre il giureconsulto Giuliano della setta dei Sabiniani portava un simigliante avviso, fr. 61, *pro socio* 17, 2, Labeone capo dei Proculeani credeva che la società non fosse tenuta all'indennizzo *quia non in societatem sed propter societatem impensum sit*, fr. 60, § 1 *pro socio* 17, 2. Veggasi Fabro *Rationalia ad pandectas* su tali Leggi; Pothier, *Società*, n. 128.

Ma la perdita non deve essersi cagionata dalla imprudenza del socio, poichè egli sarebbe in colpa giusta i principii generali. Nè deve la società essere stata causa puramente accidentale ed indiretta, nel quale caso essa non risponderebbe del danno. Così, ad esempio, se per una lite intentata dalla società contro il parente di un socio, quel parente rimastone dispettoso revoca un legato, che gli avea fatto, la società non è obbligata ad alcuno indennizzo. Veggasi Pothier, *Società*, n. 131 (1).

§ 933.— IV· *Prestazione di dolo o colpa* — Ultima conseguenza del principio della buona fede tra i socii è il risarcimento del danno derivante da dolo o colpa.

Il dolo ed anche la colpa lata nella società non solo menava al risarcimento del danno ma alla infamia del socio. *Infamia notatur qui pro socio damnatus erit*, fr. 1. *de his qui notantur infamia* 3. 2. Tradire la buona fede dei socii è certamente cosa molto turpe.

La colpa poi, fosse o non fosse lata, potea verificarsi in diversi modi cioè sia per la negligenza nella prestazione di ciò che il socio promise come conferimento sociale, sia per incuria alla cosa comune fr. 52 § 2. ed 11 *pro socio* 17. 2. Per altro la colpa nella società deve riguardarsi in modo concreto, cioè deve valutarsi la diligenza che il socio adopera nelle sue cose, fr. 72 *pro socio* 17. 2. Veggasi quanto è detto al § 309.

(1) Teoria uniforme, art. 1716.

Digitized by Google

Il danno poi sia che derivi da dolo o da colpa non può esser compensato coll' utile che il socio abbia procacciato alla società in altri affari, e la ragione è che quando un socio procacci utile agli altri socii, egli adempie al suo dovere, e lo trasgredisce se mai commetta un danno. La violazione dei doveri non trova compenso nell'adempimento di essi. Pongasi ad esempio che un socio faccia una vendita ad alti prezzi, ma poi compri delle cose di qualità scadenti, la società avrebbe un vantaggio con la vendita ed un danno con la compra, ed il socio non potrebbe dirle *abstine commodo si damnum petis*, fr. 23. § 1, *pro socio* 17, 2 (1).

§ 934. I. Dal principio della fraternità discendono come di conseguenza i diritti di conciliare gl'interessi de'socii in caso di non solvenza di un debitore che abbia pagato la porzione che era dovuta ad uno de' componenti la società; II di dare agio a ciascun socio di servirsi delle cose appartenenti alla società, e facoltà di obbligare gli altri alle spese di conservazione; III di non permettere che un socio possa di sua sola volontà intruderne altri; IV e di compenetrarsi della non solvenza di uno de' socii.

§ 935. — I. *Conciliazione d'interessi* — Se un debitore della società dopo di aver pagato ad un socio la porzione a costui dovuta, divenga insolvibile, è giusto che il socio pagato faccia parte agli altri socii di ciò che à ricevuto dal comune debitore, fr. 63 § 5. *pro socio* 17, 2. La ragione è che trattasi di una perdita che gli altri soci fanno, é la perdita come il guadagno debbono ripartirsi in comune, fr. 52, § 4; fr. 67 *pro socio* 17, 2 (2).

§ 936. II. — *Uso delle cose sociali* — Ciascuno dei socii à il diritto di servirsi delle cose appartenenti alla società, ma deve adoperarle secondo la destinazione ad esse attribuita dall'uso, senza punto impedire gli altri socii di usarne secondo il loro diritto, e senza servirsene contro l' interesse della società. E ciò è giusto perchè la so-

---

(1) Teoria uniforme, art. 1714, ma la colpa del socio per Codice Civile non è concreta, invece è astratta, cioè deve oggi valutarsi pe'socii la diligenza ordinaria di un buon padre di famiglia.

(2) Teoria uniforme, art. 1713. Il Codice Civile vuole anzi che nel concorso degl'interessi privati di un socio con gl' interessi comuni della società, si debbono conciliare gli uni e gli altri; onde dispone che se uno de'soci è creditore per suo conto particolare di somma esigibile verso una persona che è pure debitrice della società di una somma egualmente esigibile, deve imputare ciò che riceve dal debitore al credito della società e al proprio nella proporzione dei due crediti, ancorchè colla quitanza avesse fatta l'intera imputazione al suo credito particolare: ma se ha dichiarato nella quitanza che l'imputazione è fatta interamente al credito della società, questa dichiarazione ha il suo effetto, art. 1712.

Digitized by Google

cietà non può togliere ai suoi membri il godimento di quelle cose che possono essere necessarie senza recarle alcun danno, fr. 52 § 13 *pro socio* 17, 2 (1).

D' altra parte ciascun socio à il diritto di costringere gli altri a fare le spese necessarie alla conservazione delle cose sociali, altrimenti se ne avrebbe un danno comune, che deve evitarsi. Uno dei soci può essere più diligente degli altri e costringerli alla contribuzione, fr. 12 *communi dividundo* 10. 3; fr. 82 *pro socio* 17. 2 (2).

§ 937. — III. *Intrusione di altri socii*. Non potrebbe un socio, senza il consenso degli altri socii, aggregare altri alla società. Il terzo contratterebbe bensì una società con quello con cui si associa, ma non diverrebbe membro della società primitiva. *Ei soli socius est, nam socii mei socius, meus socius non est*, fr. 19 e 20, *pro socio*, 17. 2; fr. 47 § 1. *de regulis juris* 50, 17 (3).

§ 938. — IV. *Benefizio di competenza*. Il principio di fraternità consigliava anche per la società il beneficio di competenza, cioè del pagamento di tanto per quanto comportavano le esauste forze di qualche socio facendogli rimaner qualche cosa per vivere. Così, se fosse andata a male una società, e si fosse avuta una perdita, questa avrebbe dovuto ripartirsi *aequa lance* fra i socii, ma quante volte uno di costoro non avesse potuto sopportare la sua parte senza grave disagio, e senza esporsi alla più dura miseria, gli altri socii dovevano contentarsi di meno. Il diritto e la logica rigorosa dovean cedere alla equità, fr. 63 *pro socio* 17, 2 (4).

Rischio e pericolo delle cose conferite in società

§ 939. Bisogna distinguere se le cose siansi conferite in proprietà ovvero in godimento, perciocchè se in proprietà, il rischio e pericolo è della società; se in godimento, il rischio e pericolo è del socio. La ragione sta nel principio *res perit domino*; divenendo le cose un capitale sociale quando si è conferita la proprietà di esse, e rimanendo invece nella proprietà del socio, quando se n' è conferito il godimento. Così, per esempio, due vicini che avevano ciascuno una vacca, hanno convenuto che le due vacche sarebbero comuni fra loro: questa è una società in cui si è conferita la proprietà delle cose, e perciò tutti e due quei vicini restano proprietarii in comune delle due vacche, e morendone una, la perdita sarà comune.

(1) Teoria uniforme, art. 1723 n. 2.
(2) Teoria uniforme, art. 1723 n. 3.
(3) Teoria uniforme, art. 1725.
(4) Il beneficio di competenza non è stato ritenuto dal Codice civile.

Digitized by Google

Ma se invece quei due vicini, senza convenire che le loro vacche sarebbero comuni, hanno solamente convenuto che essi ne percepiranno in comune tutt'i frutti e profitti che ne perverrebbero, ciascuno dei socii rimane proprietario della sua vacca, e se questa muore, egli ne soffre la perdita. Così del pari se due persone contraggano tra loro una società per vendere in comune certe cose loro, e dividerne il prezzo, se mettono in società le cose, ed alcuna di queste perisca prima della vendita, la perdita sarà comune; ma se invece mettono in società non le cose, ma il prezzo, che deve ritrarsi dalla vendita, la perdita sarà di quel socio, cui la cosa apparteneva, fr. 58 *pro socio* 17, 2.

Se non che per le cose conferite pel solo godimento, la legge fa due eccezioni. Le prima è pel godimento delle cose che per loro natura o per loro destinazione possono non trovarsi al capitale sociale al finire della società, o se vi sono ancora, han dovuto soffrire deteriorazione pel loro uso, ed in tal caso il rischio va a carico della società, perchè si presume che il socio siasi riservato il diritto di riprendere il valore delle cose medesime, appunto in vista del consumo, della deteriorazione o della destinazione della cosa ad essere venduta. La seconda è pel godimento delle cose stimate, per le quali anche la società risente del rischio, perchè allora si suppone che la stima equivalga ad una vendita, e che il socio non sia creditore che dell'ammontare della stima, fr. 52 e 58 *pro socio*, 17, 2 (1).

Obbligazione dei socii verso i terzi

§ 940. È principio di dritto da noi ricordato al § 757, che — *quando duo vel plures se obligant, singuli obligantur pro rata* — Tale principio resta fermo in materia di società, ed in rapporto alle obbligazioni che i socii facciano col terzo, anche quando il terzo conosca che ripassi una società tra quelli coi quali ha contrattato, e la ragione è che la correalità non si può presumere ma dev' essere stipulata, come abbiamo cennato al § 759. Si fa eccezione per le società commerciali, perchè così richiede la loro natura.

Ma i socii, i quali si obbligano verso il terzo, resteranno tenuti verso di costui, ciascuno per la propria parte virile, ovvero per la parte proporzionale ed in tanto in quanto ciascuno rappresenta nella società? Il Diritto Romano rispondeva per la parte proporzionale, e così se un socio avesse avuto il diritto al riparto sociale per due porzioni, e l'altro per una, quegli restava obbligato al debito per due

(1) Teoria uniforme, art. 1775.

Digitized by Google

parti, e questi per una parte sola, perchè conoscendo il terzo il rapporto sociale che ripassava tra i due debitori, si presumeva inteso del riparto di ciascun socio, fr. 44, § 1, *de aedilitio edicto,* 21, fr. 4 1; *de exercitoria actione*, 14, 1 (1).

§ 941. Se poi un solo dei socii contrattò con un terzo, egli solo vi resta obbligato, e ne sono estranei gli altri socii. In ciò si applicano i principii generali, senza che possa invocarsi il frammento 82 *pro socio*, 17, 2, perchè questo riguarda i rapporti dei socii fra loro, non già i rapporti dei socii col terzo. Il socio contraente dovrà render conto alla società se abbia contrattato per essa, come ad esempio, se avesse fatto acquisto con capitale sociale, leg. 4 Cod. *communia utriusque judicii*, 3, 38; fr. 74 *pro socio*, 17, 2, ma nel rapporto del terzo la cosa va ben altrimenti, poichè le relazioni di costui sono col solo socio contraente (2).

§ 942. Ma se al socio contraente si fosse dai socii conferito il mandato di contrattare coi terzi, in tal caso il socio contraente obbligherebbe gli altri socii. In ciò si applicano le regole del mandato. Inoltre anche quando vi sia il mandato conferito al socio di contrattare coi terzi, gli altri socii per la obbligazione da lui contratta non sono tenuti in solido, purchè non si tratti di società commerciali, fr. 1, § 25; fr. 2 e 3 *de exercitoria actione*, 14, 1; fr. 13, § 2, *de institoria actione*, 14, 3; Savigny, *des obligations*, § 21. La ragione è che la solidarietà non si presume, ma dev'essere stipulata nelle materie civili, mentre la natura delle società commerciali la impone (3).

Principio, durata e fine della società.

§ 943. La società, a somiglianza delle persone, ha la sua nascita, il suo corso di vita e la sua fine.

---

(1) Anche per Codice civile i socii sono obbligati verso il creditore, ciascuno per la propria rata, e senza che vi sia solidarietà. Ma il Codice non ha seguito il Diritto Romano per riguardo alla parte proporzionale tra i socii, invece fissa che essi siano obbligati per la parte virile, perchè il creditore che ha contrattato non è tenuto a conoscere quale parte abbia ciascun socio nella società. Si avrà il peso proporzionale soltanto nel caso che sia specialmente dichiarato nel contratto, art. 1727.

(2) La teoria è oggi uniforme, ma il Codice dà al terzo la facoltà di rivolgersi contro tutti i socii, quante volte concorrano due condizioni, cioè: 1. che sia espresso nella stipulazione che la obbligazione del socio contraente col terzo, fu contratta per conto sociale; 2. che gli altri socii abbiano conferito a lui il mandato di contrattare col terzo, ovvero che la cosa sia stata rivolta in vantaggio della società, art. 1728.

(3) Teoria uniforme, art. 1726.

Digitized by Google

§ 944. I. *Nascita.* — Come contratto consensuale basta il consenso per darle esistenza e per dare facoltà a ciascuno de'socii di costringere immediatamente gli altri con l'azione *pro socio* a conferire le cose promesse, fr. 1, § 1; fr. 2 e 3 pr. *pro socio* 17, 2.

Ma i socii possono differire con un patto speciale il cominciamento della società, fr. 1, *pro socio*, 17, 2.

Nel dubbio deve presumersi che la società sia nata immantinenti, perchè l'istante del contratto è il tempo naturale e legale (1).

§ 945. II. *Durata.* — Se questa è fissata nel contratto, dovrà osservarsi; ma se il contratto tace, la Legge fa due presunzioni, cioè: o si tratta di affare il quale deve durare un certo tempo (come ad esempio un appalto di dazii) e allora si reputa che la società debba durare pel tempo in cui quell'affare dura, fr. 65, § 10 *pro socio* 17, 2; § 6, *Instit. de societate*, 3, 25; ovvero manca codesta determinazione derivante dalla natura dell'oggetto preso di mira da'contraenti, e in tal caso la società dura tutta la vita de' socii, fr. 1 *pro socio*, 17, 2 (2).

Se non che durante la società, questa deve essere amministrata, e per la nomina dell'amministratore possono darsi tre easi, cioè: o lo si è nominato nel contratto stesso di società, o lo si è nominato dopo, o non lo si è nominato affatto.

Se la nomina è fatta nello stesso contratto di società, non possono i socii poi rivocarla, perchè la nomina costituisce una condizione del contratto, mentre si ritiene che il socio amministratore non sarebbe entrato in società se egli non ne avesse avuta l' amministrazione. Di che segue che egli può fare, non ostante l'opposizione degli altri socii, tutti gli atti che dipendono dalla sua amministrazione purchè ciò segua senza frode e pel bene della società, fr. 65, § 4, *pro socio* 17, 2 (3).

Se poi la nomina è fatta dopo il contratto, la si può da' socii rivocare, perchè si avrebbe un semplice mandato che è revocabile a piacere.

E quando i socii nè nel contratto nè dopo hanno nominato alcun amministratore, si ha la prova manifesta che i socii non han voluto creare fra loro alcuna gerarchia, e che l'uguaglianza, la quale è nel loro diritto, è stata ancora nel loro scopo, onde si presume che i socii siensi dati reciprocamente la facoltà di amministrare l'uno per l'altro, e tutti possono amministrare le cose appartenenti alla società

(1) Teoria uniforme, art. 1707.
(2) Teoria uniforme, art. 1708.
(3) Teoria uniforme, art. 1720.

Digitized by Google

secondo l' uso cui son destinate, e senza pregiudicare all' interesse comune, e l' operato di uno è valido anche in rapporto all' altro, fr. 52, § 13 e fr. 82 *pro socio* 17, 2 (1). Ma in rapporto a' terzi la norma si ha nelle obbligazioni de' socii verso i terzi, di cui abbiam parlato al § 940.

L'amministratore della società è un mandatario generale, ma ha facoltà alquanto più ampie di quelle che derivano dal mandato, perchè oltre alla fiducia vi è la fratellanza che stringe i socii e vi è il conseguimento dello scopo prefissosi dalla società, al quale scopo debbono essere diretti tutti gli atti dell' amministratore, per lo che le regole proprie del mandato debbono adattarsi alle regole dominanti nel contratto di società. E così, può dare in affitto i beni immobili, vendere e comprare le merci pel cui traffico la società fu contratta, prendere danaro a prestito per l' andamento delle operazioni sociali, fare e ricevere i relativi pagamenti, agire contro i debitori, intentare le azioni personali e mobiliari riguardanti oggetti di cui può come amministratore disporre, ed esercitare anche le azioni possessorie, fr. 67, § 2, fr. 82 *pro socio* 17, 2; fr. 7 *de exercitoria actione* 14, 1; fr. 5, § 13; e fr. 13 *de institoria actione* 14, 3 (2). L'amministratore non può alienare o ipotecare beni immobili, o fare innovazioni su di essi, perchè verrebbe ad eccedere il limite di qualunque amministrazione, nè può vendere le cose mobili, meno quelle che sono venali per loro destinazione, altrimenti non si raggiungerebbe lo scopo sociale, per lo che l'alienazione de' mobili è per l'amministratore ristretta a quelli che son destinati a conservarsi in natura ad uso della società. Veggansi le suddette Leggi (3). Il socio poi può alienare ed obbligare le cose della società per quella sola parte che egli vi rappresenta: *nemo ex sociis plus parte sua potest alienare etsi totorum bonorum socii sint*, fr. 68 *pro socio* 17, 2 (4).

§ 946.— III. *Fine della società*. La società finisce per cause diverse le quali si concentrano nei tre rapporti relativi alle persone, alle cose, ed alla volontà dei socii (5).

§ 947. Per rapporto alle persone la società finisce colla morte anche di un solo dei socii, perchè cessa di aver fine quell'accordo che erasi formato tra determinati individui nel fine di fare un guadagno comune sopra cose comuni. Nè potrebbe succedergli l' erede

---

(1) Teoria uniforme, art. 1723, n. 1.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 1697, 1720 e 1741.

(3) Teoria uniforme, art. ed arg., art. 1723 n. 4, 1724 e 1741.

(4) Teoria uniforme, art. 1724.

(5) Teoria uniforme. Veggansi le seguenti note.

Digitized by Google

del defunto, perchè la fiducia non s' impone, e la società è sempre un atto di fratellanza, fr. 63 § ultimo *pro socio* 17, 2.

Potrebbero però i socii nel contratto costitutivo della società patuire che questa sussista fra i superstiti, fr. 66, § 9 *pro socio* 17, 2, ma sarebbe nullo il patto che in luogo del socio defunto entrasse l'erede, perchè o nella convenzione l'erede non è nominato, e in tal caso si andrebbe contro la regola che vuole la certezza nella persona dei socii; o è designato il futuro erede e si porrebbe ostacolo alla libera facoltà di testare, fr. 52, § 3 e fr. 15, § 11 *pro socio* 17, 2. Per altro si facea eccezione per gli eredi degli appaltatori d'imposte, fr. 59 *pro socio* 17, 2 (1).

Ma l'erede succede sempre nell'attivo. e nel passivo che sarebbe toccato al suo autore, fr. 63, § 8 *pro socio* 17, 2; ed è tenuto portare a compimento ciò che questi avea incominciato, fr. 21, § 2, *de negotiis gestis*, 3, 5, perciocchè i socii sono mandatarii l'uno dell'altro (2).

Alla morte naturale si uguagliava la morte civile, cioè la massima e media diminuzione di capo, di cui abbiam parlato ai §§ 108 e seguenti (3).

Sempre relativamente alle persone, la società finisce per la decozione di uno dei socii (*egestate*), fr. 4, § 1 e fr. 65, § 1 *pro socio* 17, 2, perchè la miseria di lui distrugge l'eguaglianza fra i membri della società, fa cadere ne' socii solvibili le obbligazioni a cui non potesse contribuire l' insolvibile, e scompiglia la società con l' intervento dei creditori del fallito (4).

§ 948. Per rapporto alle cose della società, questa finisce quando nulla più resta del capitale sociale, o è divenuta impossibile quella industria per la quale fu fatto il conferimento, fr. 63, § 10 *pro socio* 17, 2, (5).

Finisce del pari quando uno dei socii ha promesso di mettere in

(1) Per codice civile la teoria è uniforme, meno per quanto riguarda l'erede che non potea subentrare alla società in luogo del suo autore, dappoichè il Codice permette che possa stipularsi che in caso di morte di uno dei socii, la società debba continuare col suo erede. La ragione della differenza è che la designazione dell'erede come successore nella società anche senza indicare il nome di lui, dà sufficiente certezza, nè si è data importanza all'ostacolo che si credea trovare alla libera facoltà di far testamento, art. 1729 n. 3 e 1723.

(2) Teoria uniforme, art. 1732 e 1745.

(3) Oggi non è riconosciuta la morte civile. Veggansi le note a tali paragrafi.

(4) Teoria uniforme, ma il codice vi aggiunge ancora l' interdizione, perchè questa toglie alla società la cooperazione personale su cui avea contato, sostituendovi l'azione di un tutore che è sempre un estraneo, articolo 1729, n 4.

(5) Teoria uniforme, art. 1729 n. 2.

Digitized by Google

comunione la proprietà di una cosa, e questa perisca prima che sia stata realmente conferita, non già quando la perdita accada dopo il conferimento. Così, ad esempio, se Tizio ha tre cavalli e Caio ne ha uno, e tutti e quattro formano una bella quadriga, potrebbero i due proprietarii unirsi in società per farne la vendita e trarne un alto prezzo. Or se essi hanno pattuito la società pel solo prezzo da ricavarne, e muoia prima della vendita quel solo cavallo che avea l'uno dei socii, la società è finita, perchè non era ancor giunto il momento dell' apporto, il quale consisteva nel prezzo. Ma se i socii invece avessero semplicemente messo in società i quattro cavalli, salvo a trovare il tempo opportuno per la vendita, la morte di quell'un cavallo non farebbe sciogliere la società, perchè già sarebbe accaduto il conferimento, fr. 58 *pro socio* 17, 2.

Se poi la società versi sul godimento e non sulla proprietà, la perdita della cosa estingue la società, sia che avvenga prima, sia che avvenga dopo il conferimento, perchè la società non può rispondere del rischio di una cosa di cui non ha avuto la proprietà. Però se le cose, il cui godimento è stato conferito nella società, sono di quelle che consumansi coll'uso, che si deteriorano nel custodirle, che sono destinate ad essere vendute, o che sono conferite con una stima, la loro perdita non discioglie la società, perchè a rischio di questa tali cose si trovavano. Veggasi quanto si è detto sul rischio e pericolo delle cose conferite in società al § 939 (1).

§ 949. Rimane a parlare delle cause che mettono capo alla volontà dei socii.

Innanzi tutto la società finisce per lo spirare del tempo per cui fu contratta fr. 63 § 6, *pro socio* 17, 2, ovvero pel compimento dell'affare pel quale la società fu fatta fr. 63 § 10, *pro socio* 17, 2. La volontà dei contraenti è stata preventiva, e deve essere rispettata (2).

La società finisce ancora non solo per mutuo dissenso, ma per volontà e rinunzia di un solo fr. 63 *pro socio* 17, 2; § 4, *Inst. de societate* 3, 26. La ragione sta nell'odio che la Legge porta alla comunione, la quale è sempre causa di discordie.

Ma qui occorre fare una distinzione molto grave, cioè o la società è a tempo determinato, e può essere disciolta soltanto allora che la rinuncia è fatta *ex necessitate quadam*, cioè per giusta causa fr. 14, 15, 16, e 65 § 6, *pro socio*, 17 2, come ad esempio se uno dei socii mancasse ai suoi impegni, se una malattia abituale rendesse inutile qualche socio agli affari sociali ecc. (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1715 e 1731.

(2) Teoria uniforme, art. 1726, n. 1 e 2.

(3) Teoria uniforme, art. 1735.

Digitized by Google

Ovvero si tratta di una società in cui non si è stabilito il tempo della sua durata, e in tal caso la rinunzia ha la forza di disciogliere la società quando non è dolosa nè intempestiva. Così, ad esempio, costituitasi una società universale fra due socii, se l'uno di essi vegga prossima l'apertura d'una successione a suo vantaggio, e, per farne egli solo l'acquisto, rinuncia alla società, la rinuncia sarebbe dolosa, e perciò invalida fr. 65, § 3 *pro socio* 17, 2. Così del pari, se si siano due persone messe in società per la compra di una cosa, e l'uno di essi rinunzi per trovarsi in condizione di acquistarla egli solo, si avrebbe pure una rinunzia dolosa fr. 65, § 4, *pro socio*, 17, 2. Vi sarebbe poi la rinunzia intempestiva quando venisse fatta in un tempo in cui premesse ai socii di tenerla ferma per avere maggiore guadagno, cioè che vi sia l'interesse sociale alla continuazione della società, come ad esempio per vendere le cose sociali in un momento più opportuno fr. 65 § 5, *pro socio* 17. 2. (1).

Azioni

§ 950. I socii hanno l'*actio pro socio* fra loro, pel conferimento dei beni promessi, per render ragione del loro operato, perchè ciascuno abbia la parte di lucro, e risarcisca i danni dati per dolo o colpa.

Ma per la divisione delle cose comuni dopo finita la società, i socii hanno invece l'*actio communi dividundo,* perchè in realtà essi non debbono fare altro che dividersi le cose che sono in comune tra loro (2).

Mandato

§ 951. Il mandato si definisce:

Contractus consensualis, quo negotium honestum, ab alio ex fiducia commissum, gratis administrandum gerendumque suscipitur. Si dice *contractus consensualis*, perchè per la perfezione del contratto basta il solo consenso senz'altri solenni — *quo negotium honestum* perchè deve trattarsi di un affare che interessa il mandante, e che sia lecito — *ab alio ex fiducia commissum,* perchè di quell' affare il mandante dà incarico al mandatario per la fiducia che questi gl' ispira — *gratis administrandum gerendumque suscipitur*, perchè appunto per quell'ufficio di amico e per la fede che desta la persona, è d'uopo mantenere la purità col disinteresse, e servire gratuitamente; ma può per altro intervenirvi onorario, di cui si è parlato a' § 831 ed 889 (3).

(1) Teoria uniforme, art. 1733 e 1734.

(2) Teoria uniforme, art. 1709, 1710, 1712, 1714, 1716, 1717 e 1736.

(3) Questa definizione non può accettarsi pel Codice Civile, precisamente per

Digitized by Google

§ 952. La parola mandato trae la sua etimologia dallo stringersi la mano in segno di fede per l'adempimento dell'incarico commesso. Forse nei più remoti tempi ciò costituiva una solennità per questo contratto. *Mandatum dictum quod olim in commisso negotio alter alteri manum dabat* (Isidoro, Lib. 5. Orig. c. 24), ma è certo che nel Diritto Romano il mandato è posto tra i contratti consensuali. La origine però è sicura, perocchè deriva dalla necessità di valersi di persona amica e di fiducia per un qualche affare. *Originem ex officio atque amicitia trahit*, fr. 1, § 4 *mandati vel contra* 17, 1.

Oggetto del mandato.

§ 953. Il mandato può avere per oggetto atti della più svariata natura, essendo infinite le forme dell' attività umana, di cui alcuno può avere bisogno. Onde il mandato si riduce al ministero di persona di fiducia per ottenere un dato risultato. Così, per esempio, l' incarico che uno dia ad un altro per comprargli qualche cosa, ovvero per l' amministrazione dei beni, la procura che alcuno faccia per essere rappresentato in giudizio o per un determinato atto giuridico, rientrano nel mandato, che si estende anche a quelle prestazioni di opere per le quali non è possibile fare una valutazione di mercede, sebbene sia possibile fare una liquidazione di onorario. Il medico, l' avvocato, il professore di scienza non sono locatori di opere, perchè la certezza e la giustizia della mercede non può aversi per l' opera che essi prestano, e che è inestimabile, e soltanto può darsi onore al loro merito con una qualche conveniente retribuzione. E in effetti come compensare a dovere un medico il quale ha salvato la vita al malato? E come compensare un avvocato, il quale facendo trionfare il diritto, liberi alcuno dalla totale rovina nei suoi beni o nella sua persona? Anche il soldato è un mandatario, perchè egli ha l' incarico di difendere e salvare la patria, ed è perciò inestimabile l' opera sua.

Questo è il concetto che deve aversi del mandato, e tali sono le

---

l'elemento della gratuità. Il secolo che corre è interessato, come bene avverte il Romagnosi, ed è difficile trovare persone di fiducia le quali spendano il loro tempo e la loro opera per soccorrere gli amici e servirli nei loro bisogni. Onde il Codice ritiene la gratuità come elemento naturale, non già come elemento essenziale del contratto di mandato e definisce questo per un contratto in forza del quale una persona si obbliga gratuitamente, o mediante un compenso, a compiere un affare per conto di un' altra persona da cui ne ha avuto l' incarico, art. 1737. Veggasi per gli elementi naturali ed essenziali quanto abbiamo detto al § 302.

Digitized by Google

ragioni per cui le arti liberali in generale vanno allogate nel mandato e non nella locazione d'opera. Anche un dipinto pel suo gran pregio può essere inestimabile e rientrare nel mandato se il pittore ne avesse avuto incarico, come l'ebbe il Raffaello per le Logge del Vaticano. Se la Beatrice del nostro Dante avesse a costui commesso il poema per immortalarsi, Dante sarebbe stato un mandatario, non un locatore di opere.

Da ciò si vede la grande estensione del mandato, e quanto è vero che esso è incapace di prezzo ed ammette soltanto un onorario, fr. 6, pr. *mandati vel contra* 17, 1; fr. 1, *si mensor falsum modum dixerit*, 11, 5 (1).

Caratteri del mandato.

§ 954. Per altro perchè esista il mandato è necessario che l'affare commesso sia lecito ed abbia un interesse pel mandante, sopra i quali due punti dobbiamo per poco intrattenerci.

Ciò che è illecito vien respinto dal mandato e ci piace portarne un esempio che Ulpiano ne dà al fr. 12, § 11 *mandati vel contra* 17, 1. Se un giovinetto lussurioso, vago di una prostituta e mancante di danaro, di cui quelle turpi donne han sempre bisogno, si diriga ad un amico consapevole della tresca, affinchè faccia a lei una guarentigia per cose che ella vuol comprare, l' amico dovrà pagare il debito come garante, ma non avrà azione verso il giovine dissoluto, perchè la causa del mandato è illecita. E Ulpiano aggiunge che lo stesso è se il giovane avesse dato incarico all'amico di pagare la meretrice. La ragione è che *rei turpis nullum mandatum est*, fr. 6, § 3, *mandati vel contra*, 17, 1, per lo che quegli che assume l'incarico di ferire, di uccidere, di rubare ec., non ha dritto ad esser pagato, benchè ne avesse pattuito il prezzo (2).

---

(1) Il Codice civile ha precisamente questo concetto del mandato e l'unica variazione dal Diritto Romano è che può pattuirsi un compenso, senza che il mandato degeneri in locazione d'opera. Oggi la gratuità, secondochè abbiamo cennato d'innanzi, non è essenziale, come era in Diritto Romano, ma invece è naturale. Veggasi § 302. E per darne un esempio odierno, se uno si dirige ad un medico primario di grande città per avere un consulto, conosce quanto deve pagare, essendo determinato il compenso, ma non perciò il medico che gli ridona la vita può essere uguagliato ad un fabbro qualunque, essendo inestimabile l'opera di quello, e capace di stima l' opera di questo. Vegganși articoli 1737 e 1739 Errano pertanto quegli scrittori di diritto, i quali vogliono restringere il mandato ai soli atti giuridici, ed errano anche più quegli altri i quali vogliono limitarlo più strettamente alle sole rappresentanze.

(2) Teoria uniforme, art. 1119 e 1737.

Digitized by Google

L' interesse poi può essere o del solo mandante o del mandante e mandatario insieme, o del mandante e di un terzo.

Sempre deve riscontrarsi almeno indirettamente l'interesse del mandante, altrimenti si ha l'ostacolo che proviene dal principio *nemo alii quam sibi potest stipulari nisi interest sua*, di cui abbiam parlato al § 748.

Ordinariamente l'interesse è del solo mandante, ma può bene accadere che l' interesse sia del mandante e del mandatario, come ad esempio per una compra in comune fra due persone, delle quali una fa l'acquisto anche a nome e per incarico dell'altra; e può accadere del pari che l'interesse sia soltanto indiretto pel mandante, e diretto per un terzo, ciò che avviene quando alcuno dà incarico ad un altro di fare una cosa per un terzo, come ad esempio di pagare una somma di danaro per un terzo, di comprare per lui un fondo, ec. In tal caso il mandato dicesi qualificato, e già ne abbiamo fatto un cenno al § 764; e perchè il contratto esista, basta che vi sia un interesse del mandante, fosse pur quello di voler gerire il negozio di un altro. Laonde non potrebbe il mandatario rifiutarsi all'esecuzione del mandato col pretesto che questo versi sull' interesse diretto di un terzo, quando vi è l' interesse almeno indiretto, fosse anche di gestione di negozio, da parte del mandante. Gotofredo e Pothier al fr. 6, § 6 *mandati vel contra* 17, 1; Fabro, *Rationalia ad pandectas* su detto fr. Veggansi pure fr. 6, § 4, e fr. 8, § 6 *mandati vel contra* 17, 1 (1).

Divisioni del mandato.

§ 955. Il mandato può essere:

a) espresso o tacito, secondochè risulti da esplicite dichiarazioni verbali o scritte, ovvero dal semplice fatto e dalle circostanze, fr. 1, § 2, fr. 6, § 2; fr. 53 *mandati vel contra* 17, 2 (2).

b) generale o speciale. È generale quando comprende tutti gli affari del mandante, ovvero un genere di affari del medesimo, come ad esempio il mandato di esercitare il commercio. È speciale quando è limitato ad uno o più affari specificamente determinati, o ad uno o più atti isolati di un dato affare, fr. 1, § 1, fr. 58, fr. 60, 63, *de procuratoribus* 3, 33 (3).

c) giudiziale o estragiudiziale, secondo che riguardi un affare

---

(1) Teoria uniforme, art. 1128 e 1737.
(2) Teoria uniforme, art. 1738.
(3) Teoria uniforme, art. 1740.

Digitized by Google

che si tratta in giudizio o fuori giudizio, fr. 33 pr. e § 1; fr. 35, *de procuratoribus* 3, 3 (1).

d) *in rem alienam et in rem suam*, secondo che alcuno agisca in nome e per utilità altrui, ovvero agisca in nome altrui e per propria utilità, come sarebbe il cessionario, fr. 33, § 5 e fr. 34 *de procuratoribus* 3. 3 (2).

Uniformità e differenza del mandato con altri atti.

§ 956. Al mandatario si assomiglia il prestanome, il quale però differisce dai mandatarii ordinarii. Il prestanome è fornito di un titolo apparente, il quale nei suoi rapporti coi terzi gli dà tutti i diritti del proprietario. Egli è riguardo a costoro, non già un agente intermedio che si muove sotto l'influenza dell'altrui volontà, sibbene un padrone che dispone della sua cosa. Senza dubbio, fra le parti, quegli il cui uffizio è stato limitato con una controscrittura alla semplice condizione di prestanome, non è altro che un mandatario. Ma tal mandato liga il mandante in un modo più stretto, e gl'interdice di censurare gli atti mercè i quali il prestanome si è impegnato coi terzi (3).

§ 957. Al mandato si equipara la ratiabizione, cioè la ratifica. *Ratihabitio mandato comparatur*, fr. 12, § 4 *de solutionibus et liberationibus* 46, 3; fr. 60 *de regulis juris* 50, 17. E la ragione è chiara poichè chi ratifica ciò che altri ha fatto per lui insciente ovvero al di là de' suoi ordini, vi consente, e fa suo l'atto giuridico (4).

§ 958. Il mandato poi differisce dalla gestione di affari, dalla locazione di opere, dal consiglio e dalla raccomandazione.

La gestione di affari suppone una spontanea e volontaria ingerenza del gestore, cioè si ha *quando quis negotium non commissum ultro suscipit*, mentre il mandato suppone una facoltà ricevuta dal mandante (5).

La locazione di opere richiede il prezzo come elemento essenziale, e il mandato richiede invece la gratuità (6).

Il consiglio ha il fine di persuadere, senza la volontà di obbligarsi purchè non sia frodolento, e il mandato ha il fine di dare un inca-

(1) Teoria uniforme, arg. art. 1356, 1737, 1740, 1742.

(2) Teoria uniforme, perchè sempre vi sarebbe l'interesse del mandante che ha ceduto l'azione, arg. art. 1538 e 1737.

(3) Teoria uniforme, afg. art. 1098, 1319 e 1737.

(4) Teoria uniforme, art. 1241, 1752 capoverso.

(5) Teoria uniforme, art. 1141 e 1737.

(6) Teoria uniforme, ma oggi la gratuità nel mandato è elemento naturale e non essenziale, e si può pattuire un compenso, art. 1570, 1737, 1739.

Digitized by Google

rico, obbligandosi ad accettare ciò che il mandatario fa per lui. Abbiamo detto che il consiglio non deve essere frodolento, perchè se mai fosse doloso, sarebbe tenuto chi lo dà al risarcimento del danno (1).

La raccomandazione è diretta a far conoscere in un modo vantaggioso la persona raccomandata e procurarle buone relazioni, e il mandato è un incarico a dare o a fare qualche cosa in vantaggio proprio o di un terzo (2).

Obblighi del mandante.

§ 959. Sono due:

1. Deve eseguire con diligenza ed esattezza l'incarico ricevuto, senza oltrepassarne i limiti, fr. 22, § 11, *mandati* 17, 1; Inst. 8, *de mandato* 3, 26 (3).

2. Deve corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza del mandato, fr. 46, § 4 *de procuratoribus* 3, 3; fr. 10, § 3 *mandati* 17, 1 (4).

§ 960. È mestieri dare uno sviluppo a codesti due obblighi.

1. *Esecuzione diligente ed esatta.* Il mandatario era libero di non accettare il mandato, ma tostochè lo ha accettato deve adempierlo. *Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet*, fr. 22, § 11 *mandati* 17, 1 (5).

§ 961. La esecuzione dev'essere diligente; ma alcuni testi fanno intendere che il mandatario deve rispondere della diligenza ordinaria, cioè di quella che è propria di un buon padre di famiglia. L. 13 e 21 Cod. *mandati* 4, 35, ed altri testi invece accennano alla responsabilità per dolo o colpa lata perchè trattasi alla fin fine di un disimpegno gratuito dell'incarico ricevuto, fr. 8 § ult. e fr. 10 *mandati* 17, 1. Onde se n'è fatta viva quistione fra gli scrittori di Diritto Romano, al segno che Donello la dice *anceps quaestio et in contrarias partes agitata*. De Jur. Civ. Lib. 13 Cap. II n. 8.

Ma qual'è la ragione per cui il depositario deve rispondere della colpa concreta, come si è visto al § 841, e il mandatario della colpa ordinaria o tutto al più della colpa lata? Non son forse tanto il deposito quanto il mandato diretti d'ordinario al vantaggio del depo-

(1) Teoria uniforme, art. 1098, 1151 e 1737.
(2) Teoria uniforme, art. 1098 e 1737.
(3) Teoria uniforme, art. ed arg., art. 1741, 1742, 1745, 1751, 1752.
(4) Teoria uniforme, art. 1747.
(5) Teoria uniforme, art. 1745.

Digitized by Google

nente e del mandante? La Legge è più rigorosa pel mandante perchè questi non promette un'opera passiva, com'è nel deposito, ma invece un'opera attiva dovendo sempre trattare un qualche affare che richiede abilità ed industria (1).

§ 962. La esecuzione inoltre dev'essere esatta, cioè il mandatario non deve fare nè contro nè oltre l'incarico ricevuto, altrimenti farebbe un *quid aliud* che avrebbe a base il suo arbitrio non la volontà del committente, fr. 5 pr. *mandati* 17, 1 (2).

Per altro, ad esser precisi, giova segnare i limiti del mandatario generale e speciale.

Il mandatario generale ha la facoltà di amministrare il patrimonio affidatogli, ma si avverta che in tale facoltà rientra quella di esigere i crediti relativi a tale patrimonio, e rilasciarne quietanza, fr. 34. § 3 *de solutionibus* 46, 3. Egli per altro non può mai fare atti di alienazione, meno per quelle cose le quali *servando servari non possunt*, come sarebbero i frutti; nè fare atti che risentono di alienazione, come sarebbero le transazioni e i compromessi fr. 60 e 63 *de procuratoribus* 3, 3 (3).

Quanto poi al mandatario speciale, o gli si sono, o non gli si sono assegnati de' limiti. Se ha limiti determinati, deve egli rigorosamente attenervisi, fr. 46 *mandati* 17, 1. E così, non potrebbe il mandatario vendere a Tizio anche a prezzo maggiore ciò che dovea vendere a Cajo sia pure a prezzo minore fr. 63 *de contrahenda emptione* 18, 1; non potrebbe comprare per cento, ciò che dovea pagare non più di novanta, anche quando la cosa realmente valesse più di cento, fr. 3 e 5 *mandati* 17, 1.

Ma il mandatario può fare il maggior vantaggio del mandante, perchè ciò s'intende sempre tacitamente compreso nel mandato che è opera di fiducia. E così, datosi l'incarico di comprare per cento, se il mandatario compri per novanta, non ha punto ecceduto i limiti del mandato, § 8, Inst. *de mandato* 3, 26 (4). Se invece nel mandato speciale non sono designati limiti, tutto s'intende rimesso all'apprezza-

---

(1) Il Codice civile ritiene la differenza di colpa tra il mandatario e il depositario, art. 1746, e 1843, ma perchè oggi il mandato non è più gratuito di sua essenza, come si è detto in nota al § 951, il Codice dopo aver fissato per principio che il mandatario è responsabile non solamente pel dolo ma anche per la colpa commessa nell'esecuzione del mandato, aggiunge che tale responsabilità riguardo alla colpa è applicabile, quando il mandato è gratuito, meno rigorosamente che nel caso contrario. art. 1746.

(2) Teoria uniforme, arg. art. 1741, 1742, 1745, 1751, 1752.

(3) Teoria uniforme, art. 1741.

(4) Teoria uniforme, art. 1740 e 1742.

Digitized by Google

mento e al criterio del mandatario, il quale deve cercar sempre il maggior utile del mandante, fr. 46 *mandati* 17, 1 (1).

§ 963. Si avverta intanto che di regola il mandatario non può sostituire altri in suo luogo nella esecuzione dell'incarico ricevuto, ma se mai lo abbia fatto e sono state bene gerite le cose del mandante, questi deve contentarsene, fr. 8, § 3; fr. 46; fr. ult. *mandati* 17, 1, perchè niente potrebbe voler di meglio il mandante quando ha raggiunto lo scopo prefissosi. Che se invece il sostituito abbia mal corrisposto, il mandatario ne è responsabile verso il mandante, perchè per costui la sostituzione è una *res inter alios*, fr. 8 § 3 *mandati* 17, 1.

Quando poi il mandante avesse concesso al mandatario la facoltà di sostituire altri, convien distinguere se siasi o no designata la persona da potersi sostituire. Laddove non siesi designata, il mandatario risponde soltanto del dolo o della colpa nella scelta; ma, se si è designata, il mandatario è liberato da ogni rischio perchè il mandante prestò il consenso all'opera del sostituito. Veggasi Van Wetter § 419 (2).

§ 964. II. *Consegna di tutto al mandante*. È questo il secondo obbligo del mandatario. Egli deve corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza del mandato, senza che possa rimaner presso di lui cosa alcuna. *Ex mandato, apud eum qui suscepit, nihil remanere oportet*, fr. 20 *mandati* 17, 1.

Questo principio si applica con rigore e in tutta la sua estensione perchè il mandato è un contratto di fiducia.

Così, se il mandatario per una causa qualunque ricevè per occasione del mandato ciò che non era dovuto al mandante, deve ciò non ostante consegnarlo a lui, fr. 46, § 4 *de procuratoribus* 3, 3. Così del pari, se il mandatario comprò un fondo, deve restituire anche i frutti; se ritrasse somme, ne deve gl'interessi appena costituito in mora; se collocò ad interesse le somme ritratte, deve dare al mandante tutto l'emolumento avuto; se convertì in suo uso il danaro, ne deve gl'interessi; fr. 10, § 2 e 3 *mandati* 17, 1 (3).

Obblighi del mandante.

§ 965. Per Diritto Romano antico riducevansi alla indennità, esplicata in varie guise, e per Diritto Romano nuovo si estesero alla esecuzione dovuta a' terzi, senza che questi perdessero la facoltà di rivolgersi contro il mandatario.

Quì noi parleremo della sola indennità, riservandoci a discorrere

(1) Teoria uniforme, arg. art. 1737 e 1740.

(2) Teoria uniforme, art. 1749.

(3) Teoria uniforme, 1750.

Digitized by Google

della esecuzione tra gli effetti del mandato in rapporto a' terzi (1).

§ 966. Ora a proposito dell'indennità, è principio che il mandatario non deve soffrire alcun danno, onde ha diritto ad essere rivalutato di tutto, fr. 20 *mandati* 17, 1 (2).

Se perciò il mandatario ha contratto un debito per la esecuzione dell'affare commesso, il mandante è tenuto a liberarlo dalla obbligazione o almeno a garentirlo in modo che non ne risenta danno fr. 45 *mandati* 17, 1 (3).

A più ragione il mandante deve rivalutare qualunque spesa ed anticipazione che il mandatario avesse sostenute, sia per la esecuzione in generale del mandato, sia per compre che egli avesse fatte sborsando *de proprio* tutto il prezzo o parte di esso, fr. 12, § 9 *mandati* 17, 1 (4).

Nè il mandante potrebbe pretendere una riduzione di spese fatte dal mandatario in buona fede, affacciando per ragione ch'egli avrebbe speso in meno, perchè è sua la colpa se scelse un mandatario che di solito spendeva di più. Così se il mandatario costumi viaggiare con tutto agio e prendere stanza a' primi Alberghi, non potrebbe il mandante sostenere che egli invece è solito sparagnare e fare economia, perchè avrebbe potuto egli compier l'affare da se, senza rivolgersi a quello che avea altre costumanze. *Impendia mandati exequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnino debent; nec ad rem pertinet quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere*, fr. 27 § 4 *mandati* 17, 1 (5).

Inoltre il mandante deve corrispondere al mandatario gl' interessi sulle somme che questi avesse sborsate, e non dal giorno della mora, ma dal giorno de' fatti disborsi, sia che il mandatario abbia impiegato danaro suo, sia che lo abbia tolto in prestito. Ciò dipende dal principio, che deve tenersi sempre fermo, cioè che il mandatario non deve soffrire alcuna perdita, fr. 12 § 9 *mandati* 17, 1; L. 1, Cod. *mandati* 4, 35 (6).

---

(1) Per Codice Civile il mandante ha tre obblighi, cioè 1 della indennità al mandatario — 2 del pagamento del compenso se fu convenuto art. 1753 — 3 e della esecuzione verso i terzi non essendo più la gratuità un elemento essenziale del mandato come si è detto in nota al § 951, ed essendosi oggi il mandatario ridotto ad un *nudus minister*. Veggasi quanto diremo in nota agli effetti del mandato verso i terzi.

(2) Teoria uniforme, art. 1753, 1754 e 1755.

(3) Teoria uniforme, art. 1753.

(4) Teoria uniforme, art. 1754.

(5) Teoria uniforme, art. 1753 capoverso.

(6) Teoria uniforme, art. 1755.

Digitized by Google

Oltre alle spese il mandante deve risarcire il mandatario dei danni sofferti. Se i danni sono avvenuti per causa del mandato, non v' è alcun dubbio, e così ad esempio per un naufragio accaduto durante il corso di una navigazione, ai cui rischi il mandatario non si sarebbe esposto se non avesse dovuto eseguire l'incarico datogli. Ma il dubbio era pe' danni avvenuti per occasione del mandato, come ad esempio quando alcuno viaggi ed abbia l'incontro infausto dei ladri i quali lo derubino. Sopra codesti danni avvenuti per occasione, i giureconsulti romani si divisero in opposte sentenze, gli uni ritenendo rigidamente che il mandante non dovesse risentire gli effetti del caso incolto al mandatario nella esecuzione del mandato, ed altri ammettendo invece più generosamente e con viste equitative che il mandante fosse tenuto a risarcirli. Veggansi i fr. 26 § 6 *mandati* 17, 1, fr. 61 § 5 *de furtis* 47, 2; fr. 52 § 4 *pro socio* 17, 2. Gli scrittori posteriori al diritto romano si sono del pari divisi in sentenze opposte (1). Ma se mai potesse rimproverarsi alcuna colpa al mandatario pel danno sofferto per occasione, egli non avrebbe diritto al risarcimento; e così se per accorciar cammino egli batta una via più breve ed infestata dai ladri, mentre era sicura la via più lunga, non può pretendere di essere risarcito dal mandante quante volte fosse derubato. Ciò è per principii generali come abbiamo spiegato al § 310 (2).

Tutte codeste indennità esplicate in tante diverse configurazioni, van dovute anche quando l' affare commesso al mandatario non sia riuscito, poichè egli deve rispondere della sua diligenza, non già del successo mancato ad onta dei suoi sforzi, fr. 17, pr. *de in rem verso* 15, 3; l. 4, Cod. *mandati* 4, 35 (3).

Solidarietà tra più mandanti e tra più mandatarii.

§ 967. Il diritto Romano riteneva la solidarietà tra più mandanti e tra più mandatarii. Fra i mandanti perchè si reputa da un canto che ciascuno di essi abbia dato ordine di fare per se, e per tutto il negozio compreso nel mandato, e d'altro canto che il mandatario siesi abbandonato pel tutto alla fede di ciascun mandante, fr. 21 e 59 §, 3 *mandati* 17, 1 (4). Tra più mandatarii perchè una è la operazione commessa alle loro cure, e perchè una gestione accettata per l' intero porta seco per la natura delle cose obbligazione soli-

(1) Il Codice civile à ritenuto la sentenza più benigna ed equa art. 1754.

(2) Teoria uniforme, art. 1754.

(3) Teoria uniforme, art. 1753 capoverso.

(4) Teoria uniforme, art. 1756.

Digitized by Google

dale, fr. 60 §. 2 *mandati* 17, 1, Pothier mandato n. 63. Per altro il Fabro pensava che Giustiniano abolendo in modo generale la solidarietà di pieno diritto, l'avesse abolita anche pel mandato. *Rationalia* sul fr. 60 §. 2 *mandati* 17, 1. Venne prevalendo tale opinione sulla considerazione che anche quando l' affare fosse unico, e i mandatarii fossero stati costituiti nel medesimo atto, la loro obbligazione è divisa, e la solidarietà di regola non può esistere senza essere stipulata (1).

Effetti del mandato in riguardo a'terzi

§ 968. Come abbiamo veduto parlando della rappresentanza negli atti giuridici al § 319, i Romani partivano dal principio *per extraneam personam nihil acquiri potest.*

Venne poi man mano, e specialmente per diritto novissimo allascato codesto rigore, e ristretto a certi atti ne' quali stava ancora l'impronta dell'antico diritto.

Ciò non ostante, per rispetto alle antiche tradizioni, il mandatario non fu ammesso riguardo a'terzi come rappresentante della persona che lo avea costituito, ma invece egli, come per lo antico, agiva ed assumeva la responsabilità nel proprio suo nome, cosicchè egli era obbligato verso i terzi, e questi erano obbligati verso di lui. Intanto fra il mandante e il mandatario passava il rapporto giuridico per lo quale il primo garentiva il secondo e lo rendeva indenne, mentre il secondo richiamava sul primo il risultamento della gestione.

Se non che, quando il commercio prese presso i Romani vaste proporzioni fu necessità ammettere per esso i rappresentanti, e si riconobbero pel commercio marittimo gli esercitori e pel terrestre gl' istitori, i quali erano una specie di mandatarii, e de' quali parleremo discorrendo delle azioni esercitoria e istitoria tra le obbligazioni che derivano dalla Legge (2).

Per tali azioni, il terzo potea rivolgersi contro il mandante e contro il mandatario.

Or si diede un passo più innanzi, e per opera de' Giureconsulti fu estesa alle contrattazioni civili il diritto che era stabilito per le contrattazioni commerciali, fr. 13, § 25 *de actionibus empti et venditi* 19, 1; fr. 10, § 5 *mandati* 17, 1.

---

(1) Questa teoria è stata abbracciata dal Codice civile, il quale non ritiene la solidarietà tra più mandatarii, art. 1749.

(2) Nel Codice di commercio vigente sono mantenute tali azioni esercitoria ed istitoria, ne parleremo a lungo al proprio luogo tra le obbligazioni derivanti dalla Legge.

Digitized by Google

Non andò più innanzi il diritto Romano per riguardo al mandato in rapporto ai terzi, i quali acquistavano bensì azione contro il mandante, ma senza perdere la facoltà di rivolgerla contro il mandatario col quale contrassero.

La teoria del mandato si sviluppò nel medio evo, quando cominciò a ritenersi che se il mandatario dà conoscenza del mandato ricevuto, la sua persona sparisce in faccia a'terzi, verso i quali resta un *nudus minister*, il quale non contrae verso di essi alcun obbligo personale, e riversa al mandante ogni diritto, obbligazione ed azione, onde la massima de' Dottori: *qui mandat ipse fecisse videtur*. E per verità i terzi conoscono con la semplice enunciazione della qualità di mandatario che l' intero affare riflette sul mandante, onde con lui solo essi realmente contraggono *intra fines mandati*. Che se poi il mandatario eccedesse i limiti del mandato conferitogli, non deve il mandante esservi obbligato se non quando lo ratifichi *quia rathiabitio mandato comparatur*, come si è veduto parlando innanzi della ratiabizione al § 957 (1).

Fine del mandato.

§ 969. Il mandato è un contratto di fiducia, basato sulla reciproca personale confidenza del mandante e del mandatario, onde dovevano esser questi lasciati liberi l'uno a rivocare l' incarico, e l' altro a rinunciarlo, come pure era mestieri veder troncato quel rapporto se la morte togliesse di vita uno di loro, non potendo ritenersi che gli eredi abbiano la medesima attitudine, operosità e qualità morali dei loro autori.

Per lo che i tre modi principali di estinzione del mandato sono: 1. la revoca del mandante — 2. la rinunzia del mandatario — 3. la morte di uno di loro.

§ 970. La revoca del mandante può essere espressa o tacita ; si ha la revoca tacita in un fatto inconciliabile con la volontà di far continuare il mandato, come ad esempio quando il mandante imprende egli stesso l' operazione commessa, ovvero ne dà incarico ad altri. L. 3, Cod. *mandati*; fr. 31 § 2 *de procuratoribus* 3, 3.

(1) Questa teoria è stata ritenuta dal Codice civile, ond'è disposto nell'articolo 1752 che il mandante è tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario secondo le facoltà che gli ha date; e non è obbligato per quello che il mandatario avesse fatto oltre tali facoltà, se ciò non è stato espressamente o tacitamente ratificato. Ed è sanzionato nell'art. 1751 che il mandatario, che ha dato alla parte con cui ha contrattato in tale qualità, una sufficiente notizia delle facoltà ricevute, non è tenuto ad alcuna garenzia per quello che avesse operato oltre i limiti del mandato, eccetto che si fosse per ciò personalmente obbligato.

Digitized by Google

Ma espressa o tacita che sia, la revoca non libera il mandante dalla responsabilità di un' azione contraria da parte del mandatario, se non quando sia fatta *re adhuc integra*, § 9. Inst. *de mandato* 3, 26. Vale a dire, il mandante può sempre rivocare l'incarico che ha conferito, ma se lo fa dopo che il mandatario ne abbia cominciato la esecuzione, non può disconoscere gli atti già compiuti, ed è tenuto all' indennizzo per le spese e danni che il mandatario medesimo ha sofferto.

Inoltre, espressa o tacita che sia quella revoca, dev' esser portata a notizia del mandatario, affinchè questi si fermi, altrimenti non potendo divinare che gli si sarebbe revocato il mandato, e compiendo altri atti, il mandante deve riconoscerli come suoi e indennizzarlo delle spese sostenute e danni sofferti. Così, ti ho dato incarico di comprarmi un fondo, ti ho poi scritto di non comprarmelo più; ma se prima di ricever la mia lettera, tu lo hai comprato, è giusto che io riconosca la vendita, e ti dia il danaro da te sborsato, fr. 15 e fr. 29, § 2 *mandati* 17, 1.

Ciò stesso dimostra che i terzi contraenti col mandatario, e che sono ignari della revoca, contrattano validamente, anche quando il mandatario abbia avuto notizia della revoca che non ha loro manifestata. I terzi son protetti dalla buona fede in cui si trovano. Così ad esempio se alcuno ha pagato nelle mani di un mandatario generale, ovvero ha comprato da lui una partita di frutta, senza conoscere la revoca del mandato, resterà liberato, o avrà validamente fatto l' acquisto, fr. 34, § 3 *de solutionibus* 46, 3. Resterà il mandatario tenuto verso il mandante, ma il terzo è sempre salvo ne'suoi interessi.

§ 971. Come il mandante può rivocare il mandato, così il mandatario può rinunziarvi, ma la rinunzia non dev'essere intempestiva, fr. 27, § 5 *mandati* 17, 1; § 11. Inst. *de mandato* 3, 26. Vale a dire se il mandatario rinunzii in tempo utile, quando il mandante può compier l'affare da se o per mezzo d'altri, non incontra responsabilità veruna. Ma se rinunzii quando il mandante non trovisi in grado di far da se o per mezzo d' altri, rimane esposto all' *actio mandati*, cioè può essere obbligato al ristoro de' danni, oltre al rendiconto e consegna di ciò che ha ritratto. *Renuntiari ita potest, ut integrum jus mandatori reservetur vel per se vel per alium, eandem rem commode explicandi*, fr. 22 *mandati* 17, 1.

Per altro, se il mandatario giustifichi un suo legittimo impedimento, come per malattia od altra causa per la quale venisse a risentire serio nocumento, *audiendus est*, dice Paolo nel fr. 22 *mandati* 17, 1, cioè non incontrerà responsabilità veruna (1).

(1) Teoria uniforme, art. 1761.

Digitized by Google

§ 972. La morte del mandante o del mandatario scioglie il contratto di mandato, come abbiamo già detto innanzi al § 969, ma l' ignoranza della morte del mandante non invalida gli atti giuridici del mandatario, nè reca nocumento a'terzi. A rigore non esiste più mandato, tostochè il mandante è morto, ma la buona fede dev'esser protetta e nel mandatario e ne' terzi, a somiglianza di ciò che abbiamo detto per la revoca al § 970. Veggasi il fr. 26 *mandati* 17, 1. (1). Anzi il mandato dura anche dopo che il mandatario conosca la morte del mandante, limitatamente a quegli atti che non ammettono differimento, per fare le veci degli eredi che sono assenti. L. 23 Cod. *de procuratoribus* 2, 13. Pothier, *Mandato*, n. 107 (2).

Del pari, e per gli atti che non ammettono dilazione, dura il mandato negli eredi del mandatario dopo la morte di costui, altrimenti il mandante potrebbe risentirne alcuna volta i più gravi danni, fr. 21 § 2 *de negotii gestis* 3, 5. Fabro, *Rationalia* sul fr. 27, § 3 *mandati* 17, 2 (3).

§ 973. Inoltre il mandato finisce per l'esecuzione del negozio commesso, per la decorrenza del tempo cui era ristretto il mandato, per la condizione risolutiva cui fosse sottoposto, e per forza maggiore che ne renda impossibile l'esecuzione, e ciò a norma de'principii generali comuni alla materia contrattuale (4).

Azioni

974. Ci rimane a parlare delle azioni.

Il mandante à l'*actio directa mandati* contro il mandatario, perchè esegua l'incarico affidatogli, ovvero risponda dei danni ed interessi, e perchè consegni tutto ciò che à ritratto dal mandato, e risarcisca i danni commessi per dolo o colpa (5).

Il mandatario à l'*actio contraria* contro il mandante per essere indennizzato (6).

I terzi poi ànno l' *actio directa* contro il mandatario pel contratto con lui stipulato, e l'*actio utilis* contro il mandante (7).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1762.

(2) Teoria uniforme, art. 1745 capov.

(3) Teoria uniforme, art. 1763.

(4) Teoria uniforme, arg. art. 1737, 1236.

(5) Per Codice civile la teoria è uniforme. Veggansi le precedenti note.

(6) Per Codice civile il mandatario à l'azione non solo per l'indennità, ma anche pel pagamento del compenso se fu convenuto. Veggansi le precedenti note.

(7) Pel Codice civile i terzi ànno azione contro il mandante e non contro il mandatario, il quale è ridotto all'ufficio di *nudus minister*. Veggansi le *precedenti note*.

Digitized by Google

PATTI

§ 975. Vedemmo nella parte generale al § 736 la differenza che in diritto romano facevasi tra i contratti e i patti, ed avendo già percorso la trattazione speciale degli uni, dobbiamo soffermarci sugli altri.

Tra i patti di maggior momento si noveravano la donazione, il giuoco e la scommessa, e la transazione, de' quali istituti daremo una breve ma precisa idea.

Donazione

§ 976. È vecchia disputa se la donazione sia un contratto ovvero un atto giuridico che dal contratto si discosti. La ragione di dubitare sta in ciò che, a somiglianza de'contratti, richiede il *consensus in idem placitum*, per lo quale il donante resta obbligato dopo l'accettazione fatta dal donatario; ma d'altro canto la donazione è anzi tutto un atto di liberalità che ha la sua speciale fisionomia per la quale si discosta dagli altri contratti, perciocchè non si tratta soltanto di beneficare altrui con un servizio gratuito, ma di arricchirlo con la diminuzione del proprio patrimonio, fr. 1, *de donationibus*, 39, 5. Inoltre anche quando la donazione imponga de' carichi al donatario, non può negarsi che si reputa essersi donato ciò che sia per rimanere, *deducto aere alieno* (Cujacio sul fr. 37 *de usufructu*), onde qualche chiaro scrittore sostiene che il donatario può rifiutare la donazione dopo che l'abbia anche accettata, sia pure che avesse assunto de' pesi, perciocchè a questi potrebbe invece adempiere il donante, cui si restituiscono i beni (Troplong, *Donazione*, n. 64).

Per diritto romano, se la donazione fu talvolta chiamata *contratto* come nella L. 17 Cod. *de fide instrumentorum* 4, 21, e ne' fr. 20, *de rebus creditis*, 12, 1 e 55 *de obligationibus et actionibus* 44, 7; ciò deve intendersi in senso assai lato, come accade allora che sotto la parola *contratto* si comprendano i quasi contratti ed altre obbligazioni che derivino da fonti diverse. Voet *ad Pandectas* Tit. *de donationibus*, n. 2 (1).

(1) È noto che nel progetto del Codice francese stava scritto che la donazione è un contratto, e alla parola *contratto* fu sostituita l'altra di *atto* dietro le osservazioni fatte da Napoleone, il quale disse che il contratto impone mutui carichi a' due contraenti, e quindi la espressione non può convenire alla donazione. Il Codice civile italiano la chiama anche *atto*, art. 1050. Inoltre il Codice alloga le donazioni tra le successioni e i contratti, ed anche oggi la

Digitized by Google

§ 977. E consonante a codeste idee è la definizione — *liberalitas in accipientem nullo jure cogente collata*—cioè liberalità per la quale si trasferisca alcuna cosa dal dominio di chi dà al dominio di chi riceve, per sola volontà di beneficare, e senza che vi sia un giuridico dovere che lo imponga. La liberalità può derivare da gratitudine di animo, ma ciò non immuta la essenza dell'atto generoso, e soltanto la donazione prende allora l'attributo di *remuneratoria*, fr. 29 pr. *de donationibus* 39, 5.

La definizione suddetta è larga perchè i Romani distinguevano la donazione ordinaria chiamata *inter vivos*, dalla donazione *mortis caussa*, della quale terremo parola in seguito. E quella definizione abbraccia l'una e l'altra, onde difetta nella differenza specifica dell'una e dell' altra.

La donazione *inter vivos* à per precipuo distintivo la irrevocabilità, e risente de'contratti: quella *mortis caussa* è invece revocabile e risente de' legati. A volerle comprendere entrambi in una sola definizione bisognava tacere precisamente della differenza che passa tra loro (1).

§ 978. Gli elementi della donazione sono tre, cioè — 1 diminuzione del patrimonio di chi dà — 2 aumento del patrimonio di chi riceve — 3 intenzione del donante di rendere più ricco il donatario (*animus donandi*). I quali elementi deggiono tutti riunirsi, ma possono concretarsi e presentarsi in maniere svariate, le quali però sempre si riducono a dare, a promettere, e a liberare. Savigny Diritto Romano § 45 a 52. Per lo che si ha una donazione non solo dando qualche cosa, ma anche promettendo di darla, ovvero liberando alcuno dall' obbligo della dazione. La forma potrà essere diversa da quella ordinaria delle donazioni, le quali compiendosi, per diretto accordo delle due volontà, fanno spiccare di più l'elemento contrattuale, ma in sostanza que'tre elementi si possono insinuare in altri atti, e così nel pagamento del debito di un altro, nella gestione de' negozii ec. Onde la rimessione del debito è donazione di un genere speciale.

---

donazione risente de' contratti, cioè ha la natura contrattuale, ma è d' indole speciale.

(1) Il Codice civile non riconosce le donazioni *mortis caussa*. Veggansi le note quì di seguito apposte. Onde dà una più esatta definizione della donazione che oggi non si appella più *inter vivos* perchè non vi è il contrapposto di quella *mortis caussa*. E la definizione è la seguente.—Un atto di spontanea liberalità, col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta, art. 1050 Cod. civile.

Digitized by Google

Capacità di donare e di ricevere per donazione — Accettazione.

§ 979. Fermato il principio che le donazioni costituiscono un patto pel quale rientrano nella teoria contrattuale, segue che siano capaci di donare tutti quelli che possono contrattare e trasferire in altri il dominio delle proprie cose, § 40 Inst. *de rerum divis.* 2, 1, L. 21, Cod. *mandati* 4, 35.

E segue che la donazione può farsi a tutti coloro che possono accettare, cioè a tutti coloro che possono ne' modi e nelle forme di legge consentire anche per mezzo altrui o con l'altrui autorità al proprio vantaggio (1).

§ 980. Poichè la donazione risente de' contratti, dovendo concorrere il consenso *in idem placitum*, è necessaria la espressa accettazione del donatario, senza di che la donazione non sarebbe perfetta fr. 10 e 19 *de donationibus* 39, 5. *Non potest liberalitas nolenti adquiri* fr. 19, § 2 *eodem.*

L'accettazione poteva per dritto romano farsi anche per mezzo di lettera o di un messo, se a tal modo era stata fatta la donazione, ma era mestieri che il donatario dichiarasse espressamente di accettare la liberalità, fr. 4 e 10 *de donationibus* 39, 5 (2).

---

(1) Per Codice civile può donare chi può far testamento, e può ricevere per donazione chi è capace di ricevere per testamento, art. 1052 e 1053. La ragione e che tanto con la donazione quanto col testamento si dispone a titolo gratuito a riguardo di uno che si ha in animo di beneficare, ond' è logico assomigliare la capacità ne' due istituti.

(2) Per Codice civile la donazione non è perfetta senza accettazione, e questa deve essere sempre fatta per atto pubblico art. 1057 e 1058. La donazione fatta ad un minore non emancipato o ad un interdetto sarà accettata dal padre o dal tutore. La madre, benchè sia ancora in vita il padre, e gli altri ascendenti benchè siano ancora in vita i genitori, possono accettare la donazione fatta al minore e all'interdetto, quantunque non ne siano tutori: ma in tali casi è necessaria l'autorizzazione del Tribunale civile. Lo stesso ha luogo quando la donazione sia fatta dal padre o dal tutore, con facoltà in ogni caso al Tribunale di nominare per tale accettazione qualunque altra persona. Le donazioni in favore dei nascituri da una determinata persona possono essere negli stessi modi accettate dal padre, dalla madre, dall'avo o da qualunque altro degli ascendenti. Il minore emancipato ed il maggiore inabilitato può accettare la donazione col consenso del curatore, art. 1059.

Digitized by Google

Forma delle donazioni

§ 981. La forma delle donazioni ha sempre preoccupato i Legislatori di ogni tempo, sia perchè bisognava garentire una perfetta libertà di maturo e deliberato consenso in chi si spoglia de' proprii averi, sia perchè v' hanno circostanze nelle quali è da temere una generosità avventata che si accosti alla prodigalità, ond' era d' uopo preservarne le famiglie. Inoltre le donazioni sciolte da ogni forma possono riuscir di frode alla legge specialmente in que' casi in cui la liberalità è assolutamente o relativamente o limitatamente vietata.

In diritto Romano il processo storico su questo punto è molto vario.

In origine, oltre al consenso di dare e ricevere per causa di liberalità, era necessaria la tradizione reale o simbolica della cosa. La distinzione che allora si avea tra le cose *mancipi*, e *nec mancipi* (vedi § 290) consigliò una maggior facilitazione per le une e una maggior durezza per le altre, perciocchè per le cose *mancipi* si ammetteva sia la tradizione materiale, sia la tradizione simbolica e solenne mediante la *mancipatio* o la *in jure cessio* delle quali abbiam parlato al § 410; e per le cose *nec mancipi* era necessaria la tradizione materiale, Fragm. Vatic. *de donationibus ad Legem Cinciam* § 313. Per altro se la donazione si fosse fatta con le forme de' contratti verbali (vedi § 858) in tal caso la donazione valeva come contratto.

Ma vi fu poi un tempo in cui si largheggiava troppo in donazioni vere, e se ne facevano di palliate specialmente agli avvocati i quali le richiedevano in misura elevata essendo per loro vietato il compenso. Onde venne promulgata la Legge Cincia nell' anno 550 di Roma, e fu disposto che le donazioni tutte erano valide quando vi fosse stata la tradizione materiale della cosa donata e fosse corso il tempo necessario alla usucapione, che allora era di un anno pe' mobili e di due per gli stabili (vedi § 428). Di più quella Legge pro-

---

Le donazioni fatte ai corpi morali non possono essere accettate, se non con l'autorizzazione del governo, menzionata nell'art. 932, art. 1060.

Se l'accettazione non è fatta nei modi stabiliti negli articoli precedenti, la nullità della donazione può essere opposta anche dal donante, dai suoi eredi od aventi causa, art. 1061.

Le donazioni fatte in riguardo d'un determinato futuro matrimonio, sia dagli sposi fra loro, sia da altri a favore degli sposi, o della prole nascitura dai medesimi non possono essere impugnate per mancanza di accettazione, art. 1062 capov.

I minori, gl'interdetti, e qualsivoglia altro donatario non sono restituiti in in intiero per la mancanza di accettazione delle donazioni, salvo il regresso contro chi aveva l'obbligo dell'accettazione, art. 1063.

Digitized by Google

scrisse ogni donazione agli avvocati, i quali con questo mezzo esercitavano una vera tirannia. Fragm. Vatic. § 311 e 313 pr.—Tacito, *Annali*, XI, 5. XV, 20.

Costantino sostituì forme diverse a quelle volute dalla Legge Cincia, e dispose che le donazioni fossero valide quando si riunissero — 1. la scrittura — 2. la tradizione materiale — 3. l' insinuazione, la quale era guarentigia di serio e deliberato proposito, e consisteva nell'inserire personalmente la donazione tra gli atti del Magistrato. L. 1. Cod. Theod. *de donationibus* VIII, 12.

Posteriormente si riconobbe che se mai si fosse fatto per la donazione uno scritto, era opportuno darvi valore, per non proteggere la mala fede, onde alle donazioni scritte si diè forza per Legge. E perchè non rientravano esse nel numero dei contratti consacrati formalmente dal diritto civile, furono riconosciute come patti assistiti dalla legge, onde le donazioni scritte vennero allogate tra i patti legittimi. Cod. Theod. lib. 8, tit. 12, Cost. 1, 2, 5, 6 ed 8 § 1.

Giustiniano in fine semplificò anche troppo le forme della donazione, perciocchè le dispensò dalla necessità della scrittura e dalla necessità della tradizione; e impose la insinuazione soltanto per quelle donazioni che eccedessero i 500 soldi, cioè le L. 10000, dapoichè ogni soldo romano equivaleva alle nostre 20 lire. Cosicchè secondo la Legislazione Giustinianea per la perfezione della donazione bastava il consenso, la si potea provare con lo scritto o per testimoni, e soltanto pel principio che pel dominio delle cose era necessaria la tradizione, il donatario poteva costringere il donante alla consegna della cosa donata, e dopo avutala ne diveniva proprietario L. 34, 35, e 37 Cod. *de donationibus*, 8, 54 (1).

Che se mai la donazione si fosse fatta in iscritto, era necessaria la descrizione delle cose che si donavano L. 25 e 31 Cod. *de donationibus* 8, 54 (2).

(1) Il Codice civile si è tenuto alla forma dell'atto pubblico tanto per la donazione che per l' accettazione, art. 1056 e 1057. Tale forma è *ad sollemnitatem* non *ad probationem*; per lo che se manchi l' atto pubblico, la donazione è nulla. Le ragioni sono quelle già cennate al principio di questo §. La presenza del Notaro che è uffiziale pubblico e che imprime fede a' suoi atti, e la presenza de'testimoni danno guarentigia sufficiente.

Intanto essendosi bandito l' antico principio che pel dominio oltre al titolo è necessaria la tradizione (vedi § 407 e 408), è stabilito nell'art. 1062 che la proprietà degli effetti donati s'intende trasferita al donatario, senza tradizione, tostochè la donazione sia stata debitamente accettata. Tutto ciò s' intende pel rapporto che ripassa tra donante e donatario, non già per riguardo a' terzi, verso i quali sarà efficace la donazione di stabili quando sia trascritta, art. 1932 n. 1, e di mobili quando ne sia stata fatta la consegna al donatario, art. 1126, 2146, 707 e 708.

(2) Per Codice civile qualunque donazione di cose mobili non è valida che

Digitized by Google

§ 982. Peraltro dalle forme sono stati in ogni tempo dispensati i doni manuali, che sono quelli che d'ordinario si danno per usanza come dimostrazione di affetto e di gratitudine, e così ad esempio alla novella sposa, nei giorni natalizii, al capo d'anno, ecc. In Roma si era larghi e generosi per codesti doni, pei quali basta leggere l' Einoccio nelle *Antichità romane*. L. 2, tit. 7 *de donationibus* (1).

Oggetto

§ 983. Possono donarsi tutte le cose alienabili e che diano una utilità. Tali sono:

---

per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto stesso della donazione ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal notaio e dal donatario o da chi accetta per esso se interviene all' atto: la nota sarà unita all'originale della donazione, art. 1070.

Il rigore di questo articolo si spiega da che era necessario prendere una precauzione per dare stabilità alle donazioni di mobili, affine di preservarle dal vizio di *donare e ritenere*, e guarentire l' interesse degli eredi e de' terzi. Ma si avverta però che questa disposizione non è applicabile alle donazioni manuali di cui si parlerà nella seguente nota perchè per esse basta la tradizione.

(1) Per codice civile i doni manuali sono riconosciuti, e non poteva esserne di meno perchè cosiffatti doni stanno nelle consuetudini della stessa natura umana. Non vi è articolo nel Codice, che ne parli, ma non vi è scrittore che ne taccia, nè v'è giurisprudenza che non li riconosca. L' interessante è di designare l'oggetto ed il limite assegnato a tali doni, i quali hanno oggi maggior vigore pel novello principio che il possesso nei mobili vale per titolo art. 707, e perchè le donazioni debbono farsi per atto pubblico, art. 1056.

Oggetto dei doni manuali può essere qualunque cosa mobile, come denaro, gioielli, ecc. Si possono donare anche manualmente i titoli di credito ma per questi occorre che il donatario dimostri di essere a lui stati trasferiti in quel modo con cui quei titoli si sogliono trasferire. E così, una cambiale allora può essere donata, quando sia stata girata al donatario.

E la ragione è che il Codice distingue i beni mobili in quelli che sono tali per loro natura chiamati *corporali* ed in quelli che sono tali per determinazione della legge chiamati *incorporali*. Vedi § 276. I primi possono donarsi manualmente, ma non i secondi senza un modo legale di trasferimento. Però possono formar oggetto di donazione manuale que' beni incorporali che si trasmettono legalmente con la semplice tradizione, come le cartelle al portatore e la carta moneta.

Il limite poi assegnato alle donazioni manuali non é già in una somma determinata, ma invece sta nella qualità e nel rispettivo stato di fortuna del donante e anche del donatario, messi a confronto col valore dell'oggetto. Per lo che son permessi unicamente que' doni che la giurisprudenza finora ha considerati per doni manuali, avuto riguardo al valore degli oggetti rispetto alla condizione delle parti, e sopratutto alla condizione del donante (Vegganzi verbali della Commissione Legislativa seduta pomeridiana 13 maggio 1865).

Digitized by Google

1. Le cose che sono in commercio;

2. Le cose incorporali, come i diritti, le servitù, ecc. fr. 9 pr. e fr. 27, *de donationibus* 39, 5.

3. I beni presenti e futuri, L. 35 Cod. *de donationibus* 8, 54.

4. I beni altrui *eatenus ut possint usucapi*, essendo la donazione titolo traslativo di dominio, alla cui base può acquistarsi mediante la usucapione, fr. 25 *de donat. inter virum et uxorem*, 24, 1, fr. 2 e 3 *pro donato* 41, 6.

Il donante avea intanto il *beneficium competentiae*, cioè il diritto di non dare al donatario tutto ciò che gli avea promesso, quantevolte egli fosse rimasto così sprovvisto di beni da cadere in assoluta miseria. Fr. 33, *de donationibus* 33, 5 (1).

§ 984. Relativamente all' oggetto rimane ad avvertire che il donante può sulla cosa che dona riservarsi l'usufrutto L. 28 e 35 § 5 Cod. *de donationibus* 8, 54, ciò rientrando nella sua libertà; ed avvertire ancora che il donante non è tenuto alla garenzia per evizione se non l'abbia espressamente promessa, perchè si presume che egli abbia donato la cosa *prout ipsa est* senz' altra responsabilità o garanzia, e soltanto il patto eontrario o il dolo del donante farebbero tacere tal presunzione fr. 18 § 3 *de donationibus* 39, 5; L. 2, Cod. *de evictionibus* 8, 45. Per la medesima ragione il donante non deve rispondere de'vizii redibitorii, meno il caso di dolo, o patto contrario fr. 62 *de aedilitio edicto* 21, 1. La differenza della donazione con la vendita in quanto alla garenzia per evizione ed a' vizii redibitorii, si spiega facilmente da che il venditore ha il corrispettivo del prezzo che è l'equivalente della cosa, mentre il donante fa un atto di pura liberalità (2).

(1) Teoria uniforme, meno pe'beni futuri, art. 1050, 1116, 2135 e 2137. Oggi non si possono donare i beni futuri, art. 1064, per tre ragioni: 1. Perchè non è più riconosciuto il beneficio di competenza. 2. Perchè non è più ammessa la istituzione contrattuale di erede, che non era ritenuta dal Diritto romano, ma che è valida per Codice civile francese. 3. Perchè se alcuno doni tutti i suoi beni anche futuri, perde la facoltà di testare.

Per altro all' antico beneficio di competenza è surrogato il diritto del donante ad avere gli alimenti, quante volte per la donazione fatta sia caduto in miseria e non possa altrimenti vivere, art. 1081 capoverso 3.

(2) Il Codice civile permette al donante di riservare a suo vantaggio e dopo di lui anche a vantaggio di uno o più altri, non però successivamente, l'uso o l'usufrutto dei beni donati tanto mobili quanto immobili, art. 1074. Non si poteva impedire al donante di riservare l'usufrutto a favore di altri dopo di lui, perchè egli può fare ciò indirettamente donando l'usufrutto da cominciare dopo la sua morte, e donando poscia ad altri la eredità degli stessi beni con riserva dell'usufrutto a suo vantaggio, la qual cosa può anche farsi con un solo atto.

Inoltre il Codice dispone che se la donazione di cose mobili è stata fatta con riserva d'usufrutto, questo cessando, il donatario è tenuto a ricevere gli effetti

Digitized by Google

Condizioni e modo.

§ 985. Nella parte generale relativa ai fatti giuridici abbiamo discorso a lungo delle condizioni al § 313 e del modo al § 318.

Ora dobbiamo tornarvi col pensiero, perchè tali due punti hanno applicazione nella materia delle donazioni.

Sappiamo già che la condizione può essere sospensiva o risolutiva, e vedemmo al § 314 in che esse consistano. Ora una donazione può farsi sotto l'una o l'altra condizione. E così se alcuno donasse sotto la condizione *si navis ex Asia redierit*, si avrà la sospensiva, e il donatario avrà la sola speranza fino a che la nave non torni, e appena giunta sorgerà il diritto in suo favore. Se invece alcuno donasse presentemente con la condizione che le cose donate dovessero restituirsi a lui *si navis ex Asia redierit*, il diritto del donatario sorge all' istante, ma si risolve coll' arrivo della nave.

E si avverta che nelle donazioni al pari che nei contratti, la condizione giova agli eredi, per lo che se la nave torni dall'Asia, e tale avvenimento sia stato preso come condizione sospensiva e si verifichi dopo la morte del donatario, gli eredi di costui avranno diritto ad avere le cose donate. E per converso se tale avvenimento siasi preso come condizione risolutiva, e si verifichi dopo la morte del donante, gli eredi di lui ànno diritto ad avere la restituzione, § 4. Instit. *de verborum obligationibus* 3. 26; fr. 42 *de obligationibus et actionibus* 44. 7; fr. 2. § 5 *de donationibus* 39. 5. La ragione è che la donazione risente della natura contrattuale.

E per la medesima ragione sono nulle le donazioni quando siano

---

donati che si trovassero in natura nello stato in cui saranno, ed ha azione contro il donante o i suoi eredi per gli effetti non più sussistenti sino alla concorrenza del valore ad essi attribuito nell'atto della donazione eccetto che siano periti per solo caso fortuito, art. 1076.

Anche il nostro Codice dichiara che il donante non è tenuto a garentia verso il donatario per l' evizione che questi soffra delle cose donate, meno quando abbia promesso tale garenzia, ed aggiunge ehe il donante vi è pur tenuto quando l'evizione dipenda dal dolo o dal fatto personale del donante e quando trattisi di donazione che imponga oneri al donatario, nel qual easo la garantia è dovuta soltanto sino a concorrenza dell'importare degli oneri, art. 1077.

La giurisprudenza e gli scrittori ritengono poi che, per le medesime ragioni innanzi cennate, il donante non debba rispondere de' vizii redibitorii, e ciò per argomento degli art. 1050 e 1077.

Non può intanto formare oggetto di donazione la istituzione o donazione di beneficii semplici, cappollenia laicali, ed altre simili fondazioni, art. 1075

Digitized by Google

fatte sotto condizioni impossibili per legge, per natura, o per buoni costumi, ovvero sotto condizione potestativa la cui esecuzione dipenda dalla sola volontà del donante fr. 8 e 31 *de obligationibus et actionibus* 44. 7 fr. 7.; 17. 26. 46 e 108 *de verborum obligationibus* 45. 1. In tali casi la donazione è nulla, come sarebbero nulli i contratti, e per quegli stessi principii da noi già svolti a' § 314 e 315, (1).

§ 986. Tra le condizioni risolutive rientra quella della riversibilità degli effetti donati nel caso che il donante sopravviva al donatario e suoi discendenti L. 1 e 9 Codice *de pactis conventis* 5. 14; L. 10 Codice *de pactis* 2. 3. L. 9 Codice *de donationibus* 8. 34; fr. 20 § 1. *de pactis dotalibus* 23. 4. Ma era vietato al donante di stipulare riversibilità per altri, attesa la regola che niuno poteva stipulare se non per se medesimo, come abbiamo detto al § 748 e soltanto se la donazione facevasi a' figli era permesso di stipulare la riversibilità a favore degli altri figli fr. 1. 12 e 29 § 1 e 2 *de pactis dotalibus* 23, 4; L. 19 e 29 Cod. *de jure dotium* 5. 12.

I prammatici poi ritenevano che quando il donante richiamava a se, in forza della riversibilità stipulata, le cose da lui donate, aveva diritto di riceverle libere da qualunque peso o ipoteca, e di rivendicarle dalle mani di qualunque possessore; arg. nov. 39, cap. 1 (2).

§ 987. Le donazioni poi possono essere anche gravate di un modo cioè di un peso a favore del donante o di un terzo, o per un fatto imposto al donatario L. 22. L. 36 § 2. Cod. *de donationibus* 8. 54. Per le donazioni *sub modo* si applica la teoria da noi già esposta al § 318 (3).

Rivocazione e riduzione delle donazioni.

§ 988. La donazione può essere rivocata non solo per la condizione risolutiva, di cui abbiam discorso al § 985, ma anche per l'ingratitudine del donatario, e per la sopravvenienza de' figli al donante, e quando venga rivocata v'è obbligo della restituzione de' beni donati, rispettando i diritti dei terzi. Se poi la donazione tocchi il diritto de'legittimarii può essere ridotta. L'argomento è piuttosto involuto, e giova rischiararlo.

§ 989. È nell'interesse de'costumi che il donatario si conservi grato a chi gli è stato liberale con una donazione, e perchè d'ordinario gli

(1) Teoria uniforme, art. 1065, 1066, 1067, 1068 1170.

(2) Per Codice Civile la teoria è uniforme, ma il donante può stipulare la riversione soltanto per se, e non pei figli per evitare una sostituzione fedecommessaria, art. 1071 e 1072.

(3) Veggansi le note apposte in tale § 318.

Digitized by Google

uomini tendono a dimenticarsi de' beneficii ricevuti, e talvolta anche a bistrattare i benefattori. la legge ne fa loro un ricordo con la minaccia della rivocazione. Cotesta pena scritta pe'liberti ingrati a' patroni donanti L. 1, Cod. *de revocandis donationibus* 8, 56, e di poi applicata alle donazioni che i genitori avessero fatte ai figli, Cod. Theod. VIII, 13; fr. 31, § 1 *de donationibus* 39, 5, fu da Giustiniano estesa a tutti L. 10, Cod. *de donationibus* 8, 54. Ma in questa Legge egli limitò le cause ad atroci ingiurie, a sevizie, ad attentato alla vita, a grave danno a' beni, e ad inadempimento degli obblighi assunti. Inoltre stabilì che l'azione di rivocazione non passasse a vantaggio degli eredi del donante o contro gli eredi del donatario, meno quando fosse stata contestata, poichè il silenzio del donante o la sua inazione verso il donatario equivale a rinuncia (1).

§ 990. La revocazione della donazione per sopravvenienza de'figli non era scritta nel Diritto Romano che per le donazioni fatte da' patroni a' liberti L. 8, Cod. *de revocandis donationibus* 8, 56. I prammatici cercarono generalizzare quella disposizione per tutti i casi, e vi riuscirono, poichè nel foro si ebbe un completo trionfo realizzato poi ne' moderni Codici. La ragione non è stata soltanto la presunzione che il donante non avrebbe donato se avesse avuto figli, ma è stata ancora l'armonia nel corpo stesso della legislazione perciocchè ammessa la rivocazione de'testamenti per sopravvenienza di prole (veggasi § 619) era giusto fare altrettanto per le donazioni. La natura contrattuale di queste non fa punto scemare il peso della *conjectura pietatis* che è di fondamento alla presunzione per la revoca (2).

---

(1) Per Codice civile la rivocazione per causa d'ingratitudine non può essere proposta che ne'seguenti casi.

Se il donatario abbia attentato alla vita del donante.

Se siasi reso colpevole verso di lui di alto crimine, sevizie od ingiurie gravi.

Se gli neghi indebitamente gli alimenti, art. 1081.

Inoltre è sanzionato che la domanda di rivocazione, per ingratitudine deve essere proposta entro l'anno dal giorno del fatto che vi dà luogo o dal giorno in cui il donante ha potuto averne notizia.

Tale domanda non può proporsi dal donante contro gli eredi del donatario nè dagli eredi del donante contro il donatario, eccetto, che l'azione in quest'ultimo caso sia stata promossa dallo stesso donante od egli fosse mancato di vita entro l'anno dal fatto avvenuto, art. 1082.

Intanto le donazioni rimuneratorie e quelle fatte in riguardo ad un determinato matrimonio non sono rivocabili per ingratitudine, perchè nell' una sta la base del dovere od officio morale (*munus*), e nell' altra sta il corrispettivo del peso del matrimonio. È però salvo a'figli del donante il diritto di chiederne la riduzione in quanto eccedono la porzione disponibile, art. 1087.

(2) Il Codice civile ha dato alla rivocazione della donazione maggior forza della rivocazione de' testamenti, perchè mentre per l' una dichiara nulla qua-

Digitized by Google

§ 991. Rivocata la donazione per condizione risolutiva, o per ingratitudine o per sopravvenienza di figli, sorge il diritto al donante di riavere i suoi beni, e l'obbligo al donatario e ai terzi di restituirli co' frutti dal giorno della domanda. L. 1, Cod.; *de donationibus quae sub modò*, 8, 55, *de donationibus* fr. 9, § 1; 39, 5 (1).

§ 992. Ma potevano i terzi avervi acquistato diritto, nel quale caso se la donazione si rivocava per condizione risolutiva, anche quando questa si fosse avuta per inadempimento di pesi, i beni tornavano liberi al donante, non ostante il diritto de' terzi, per la massima *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. L. 1, Cod. *de donationibus quae sub modo*, 8, 55; fr. 5 in fine *donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1.

Però in quanto alla revocazione per ingratitudine era disposto che dovessero rispettarsi i diritti che i terzi avessero acquistato. L. 7, Cod. *de revocandis donationibus* 8, 56; fr. 67 *de verborum significatione* 50, 16; fr. 3 e fr. 4 *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, 20, 6.

I Prammatici, che fecero valere la rivocazione per sopravvenienza di prole, ritennero che tanto per essa quanto per la ingratitudine dovessero rispettarsi i diritti de' terzi, e che i beni tornassero liberi al donante per la rivocazione in forza di condizione risolutiva.

La ragione della differenza è che i terzi nel caso della sopravvenienza di prole o della ingratitudine non doveano rispondere del fatto del loro autore, fatto che non potevano pur facilmente prevedere, onde dovea esser protetta la loro buona fede, la quale però mancava nella condizione risolutiva che i terzi potevano leggere nel titolo, e perciò doveano stare apparecchiati all'evento (2).

lunque clausola o convenzione di rinuncia alla facoltà di rivocare, art. 1084, per l'altra dice che la rivocazione non ha luogo qualora il testatore abbia provveduto al caso che esistessero o sopravvenissero figli, art. 888 capov. 2.

Se non che la donazione sarà rivocata soltanto per la presenza de' figli legittimi e de' figli naturali legittimati per susseguente matrimonio e nati dopo la donazione non già per gli adottivi, art. 1083, a nulla importando che essi fossero già concepiti al tempo della donazione, art. 1085. Che se vi fossero state donazioni reciproche, e si avesse a revocarne una per sopravvenienza di prole rimarrebbe rivocata anche l'altra, art. 1083 capov.

Ma al pari della revocazione per causa d'ingratitudine, non ha luogo quella per sopravvenienza di prole quando si tratti di donazioni rimuneratorie, o di donazioni fatte in riguardo di un futuro matrimonio, art. 1087.

Altri due limiti sono apposti alla revocazione per sopravvenienza di prole, cioè il divieto di proporre l'azione dopo la morte de' figli e de' loro discendenti, e la prescrizione di cinque anni computabili dal giorno della nascita dell'ultimo figlio, art. 1090.

(1) Teoria uniforme, art. 1078, 1079 e 1089.

(2) Per Codice civile è uniforme la teoria in quanto alla rivoca per ingrati-

Digitized by Google

§ 993. Rimarrebbe a parlare della riduzione delle donazioni per lesione della legittima, ciò che era contradistinto in diritto Romano con la frase *querela inofficiosae donationis*; ma perchè questo istituto si collega coll'altro della riduzione delle liberalità fatte per testamento, cioè con la querela *inofficiosi testamenti*, noi abbiamo discorso di entrambi nella materia testamentaria al § 587 a cui ci riportiamo (1).

Donationes et capiones mortis caussa.

§ 994. La donazione *mortis caussa*, propria del diritto romano, era quella per la quale si prendeva per condizione la morte del donante o di un terzo. Tale donazione era di sua natura rivocabile fino a che la condizione non si fosse verificata. Anche qui la condizione manteneva la sua natura di sospensiva o risolutiva, e soltanto il donante potea rivocare la fatta liberalità prima che la condizione si fosse avverata fr. 2 e 29 *de mortis caussa donationibus* 39, 6.

Così, si aveva la donazione *mortis caussa* sotto condizione sospensiva nei seguenti esempii. *Se muoio al combattimento*, *ti dono la tal cosa*, ovvero *te la dono se muoio prima di te*, ovvero *se mio figlio muore prima di sua moglie, dono a costei la tal cosa.* Si avea la donazione *mortis caussa* sotto condizione risolutiva nel seguente esempio *ti dono la tal cosa, ma la donazione sarà risoluta se non morirô nel prossimo combattimento o nella malattia che mi affligge.*

Codeste donazioni erano chiamate *mortis caussa*, ed erano rivocabili, perchè il pensiero era rivolto alla morte, la quale perciò segnava il momento della loro irrevocabilità e fermezza.

Laonde erano d'indole anfibia, perchè partecipavano della natura contrattuale e testamentaria, cioè avevano attinenza da una parte con le donazioni tra vivi, e d'altra parte coi legati, (*inter pactum et ultimam*

tudine o per sopravvenienza di figli; ma si distinse tra la vera condizione risolutiva (*si navis ex Asia redierit*) e l'inadempimento de' pesi, perciocchè sebbene entrambi si leggessero nel titolo, pure l'inadempimento de'pesi costituisce una colpa di chi non li adempie, la quale non si deve rivolgere a danno dei terzi, che non possono ragionevolmente prevederla, per lo che i beni tornano liberi al donante soltanto nel caso di vera e propria condizione risolutiva, e non già negli altri — Intanto per armonizzare questo istituto con l'altro della trascrizione è disposto che pe' casi ne' quali il diritto de' terzi non è salvo la domanda di revocazione dev'essere trascritta, e sono rispettati que'soli terzi che hanno acquistato diritto prima di tale trascrizione e non gli altri posteriori, art. 1079, 1080, 1088 e 1933 n. 3. E quando il diritto de'terzi è rispettato, il donatario deve restituire al donante il valore delle cose alienate, avuto riguardo al tempo della domanda insieme co' frutti dal giorno della medesima, articolo 1089.

(1) Veggansi le note di Codice civile in tale § 587.

Digitized by Google

voluntatem quodammodo fluctuant), e intanto differivano e dalle une e dagli altri.

Giova spiegar bene questo concetto.

L'attinenza con la donazione tra vivi derivava da che la forma di questa era comune alla donazione *mortis caussa*, era necessaria l'accettazione e nella sostanza entrambe costituivano un'atto di liberalità fr. 29 *de mortis caussa donationibus* 39, 6; *Paulli sententiae*, 7, § 1. Ma la differenza gravissima era la irrevocabilità dell'una e la revocabilità dell'altra, perciocchè nella donazione tra vivi il donante detta legge a se stesso, e preferisce a se stesso il donatario, mentre nella donazione *mortis caussa* il donante preferisce il donatario agli eredi, ai quali detta legge, fr. 1, § 1, e fr. 35 *de mortis caussa donationibus* 39, 9.

Maggiore attinenza però aveva la donazione *mortis caussa* co'legati, sia perchè poteva donare e ricevere *mortis caussa* chi era capace di far legati e riceverli fr. 15 e 35 pr. *de mortis caussa donationibus* 39 6, sia perchè, a somiglianza de'legati, la donazione *mortis caussa* versava intorno ad una liberalità di cosa singola, era revocabile, svaniva per la premorienza del donatario, e diveniva perfetta con la morte del donante fr. 2 e 29 *de mortis caussa donationibus* 39, 6. Ma la differenza consisteva nella necessità dell'accettazione e nella irrevocabilità non solo per la morte del donante, ma anche per quella di un terzo. fr. 29 e 35 *de mortis caussa donationibus* 29, 6; *Paulli sententiae*, 7, § 1.

Certo è però che l'assimilazione a'legati, ch'era prevalente fin da tempi di Ulpiano fr. 37 *de mortis caussa donationibus* 39, 6, si ebbe anche più per opera di Giustiniano, il quale dispose che *per omnia fere legatis connumeretur*. L. ult. Cod. *de donationibus caussa mortis* 8, 57 (1).

§ 995. Intanto dalle donazioni *mortis caussa* bisogna tenere ben distinte le *mortis caussa capiones*, le quali abbracciano tutti quegli acquisti che si fanno a causa di morte, e che non rientrano tra le donazioni, i fedecommessi, e i legati fr. 38 *de mortis caussa donationibus* 39, 6 (2).

Giuoco e scommessa.

§ 996. Le definizioni del giuoco e della scommessa sono:

Del giuoco—*Reciproca donatio sub certa conditione in qua fortuna, ars,*

(1) Il Codice civile non riconosce questo terzo modo di disporre a titolo gratuito. Oggi si ammettono soltanto le donazioni tra vivi e i legati, art. 827 e 1050.

(2) Queste *capiones mortis caussa* potrebbero aversi anche per Codice civile, come ad esempio se il legatario dovesse dare all'erede alcuna cosa per adempiere alla condizione impostagli dal testatore, arg. art. 856.

Digitized by Google

aut ingenium praedominantur. Si dice *reciproca donatio sub conditione*, perchè il giuoco si riduce al dono che uno de' giuocatori fa all'altro sotto la condizione costituita dalla circostanza eventuale e futura della vittoria. Si dice *in qua fortuna, ars, aut ingenium praedominantur*, perchè nelle circostanze diverse che possono costituire l'evento della vittoria, sempre deve avere un predominio o la cieca sorte, o l'arte, o lo ingegno.

Della scommessa —*Reciproca donatio inter duos de veritate vel eventu alicujus rei contendentes, sub conditione ut aliquid ejus sit qui veritatem fuerit assecutus, vel pro quo stat rei eventus*. Si dice *reciproca donatio inter duos*, perchè anche il giuoco si risolve ad una donazione — *de veritate vel eventu alicujus rei contendentes*, perchè chi scommette lo fa in vista di cosa che è incerta o per la esistenza o per l'evento — *sub conditione ut aliquid ejus sit qui veritatem fuerit assecutus, vel pro quo stat rei eventus*, perchè la donazione nella scommessa è sempre sottoposta alla condizione che si discovra esser nel vero il vincitore per la cosa che è incerta , o che si verifichi l' evento da lui vagheggiato.

Il giuoco e la scommessa costituiscono un contratto come qualunque altro, essendovi il consenso in *idem placitum*, e per principii assoluti di dritto dovrebbero esser permessi , perchè se il proprietario può anche abusare della cosa che ha in sua proprietà, molto più può arrischiarla. L' unico limite sta nella eguaglianza di rischi tra i giuocatori, onde la immoralità del giuoco del lotto.

Ciò non ostante pe'funesti effetti del giuoco e della scommessa, la opinione pubblica di tutti i tempi è stata contraria alla sanzione civile di tali contratti. Non solo i Giureconsulti, ma anche i filosofi, i moralisti , i pubblicisti , e gli stessi poeti han declamato unanimemente contro il giuoco. Onde non fa meraviglia se tutti i Legislatori hanno apposto a que' contratti gravi limitazioni, e lo han permesso quando la virtù ne fosse stata l'obbiettivo, come ad esempio la prova di valore *hasta vel pilo jaciendo vel currendo, saliendo, luctando, pugnando*; fr. 2, § 1 de *aleatoribus* 11, 5, specialmente ne'giuochi Olimpici che si facevano in Grecia, al cui esempio facevansi poi in Roma.

§ 997. Per Dritto Romano erano permessi que' soli giuochi che esercitavano il corpo e rendevano forti i cittadini fr. 2, § 1, *de aleatoribus* 11, 5, e Giustiniano anzi limitò la somma che potea giuocarsi a seconda della ricchezza di chi giuocava L. 1, Cod. *De aleae lusu et aleatoribus* 3, 43.

Inoltre fu permessa la ripetizione di ciò che si fosse pagato indebitamente L. 1, Cod: *De aleae lusu et aleatoribus* 3, 43.

Ciò che era pel giuoco (*ludus*) era anche per la scommessa (*sponsio*),

Digitized by Google

vale a dire questa si permetteva per le gare di valore che altri facevano, non già per giuochi proibiti, o per un evento futuro, il cui successo dipendesse soltanto dal caso e non dall'industria o dall'arte, fr. 3, *de aleatoribus* 11, 5; fr. 17, § ult. *de praescriptis verbis* 19, 5, (1).

§ 998. Il giuoco e la scommessa, che non erano vietati, non aveano azione,e per procacciarsela bisognava o adoperare la forma del contratto verbale o trasformarlo in un contratto innominato, consegnando la somma o ad una delle parti e più frequentemente nelle mani di un terzo (2).

---

(1) Per Codice civile il principio generale è che il giuoco è ammesso come ristoro e divertimento, non già per farne una speculazione, art. 1802, 1803, 1804.

L'alea può entrar nel divertimento al fine di renderlo può gaio, come entra sempre nel commercio al fine di trarre guadagno.

Or la Legge permette nel giuoco il primo e non il secondo fine, cioè permette che alcuno possa avventurare alla sorte qualche cosa per divertirsi, non già per guadagnare spogliando un altro.

Da codesto principio discende la conseguenza che di regola la legge non dà azione pel pagamento di un debito di giuoco, ma se si è pagato non ne permette la ripetizione per tre ragioni.

a) perchè d'ordinario uno paga col danaro che ha addosso e che di solito è scarso.

b) perchè se paga facendo un debito, o andando a prendere i danari a casa, bisogna rispettare il sentimento di onore e di delicatezza.

c) perchè il danaro vinto si sciupa facilmente.

Per altro in forza de' principii stabiliti, è ammessa la ripetizione,se vi sia stato dolo o frode, perchè da'delitti non possono sorgere mai diritti; e la ripetizione è pure ammessa se perditori siano stati i minori, gl'interdetti e gl'inabilitati, sia perchè essi non possono contrattare, sia perchè d'ordinario costoro si arrischiano molto facilmente al giuoco. S'intende poi fatto pagamento anticipato e sotto condizione, quando i giuocatori han postoi danari sul tavolo o in mani terze.

Per eccezione la Legge dà l'azione pel giuoco che contribuisce all' esercizio del corpo, pel vantaggio che risente il fisico della persona, ma nega l'azione se la somma impegnata nel giuoco è eccessiva, perciocchè se vi è eccesso, si vede nettamente il fine del lucro e non del divertimento. L'eccesso si ha col doppio criterio della natura del giuoco e della condizione delle parti.

Tale divieto si applica a chi giuoca, non a chi presta danaro al giuocatore senza prender parte al giuoco. In tal caso si ha un prestito. Ma se il giuocatore presti danaro all'altro giuocatore, il prestito si confonde col giuoco e si torna all'applicazione del rigore della Legge.

Tutto ciò che si è detto del giuoco vale per la scommessa, perchè nella scommessa rientra il giuoco, essendo l'elemento dell'alea, cioe della sorte, comune così all'uno che all'altro.

(2) Per Codice civile vi è azione pe' giuochi permessi, art. 1803.

Digitized by Google

Ma per chi avea dritto a ripetere vi era la *condictio indebiti* (1).

Transazione

§ 999. La transazione si definisce — *Conventio qua res dubia, dato aliquo, vel retento, vel promisso, deciditur*. Si dice *conventio qua res dubia deciditur*, perchè la transazione pone sempre fine ad una controversia, cioè ad una lite, la quale di sua indole è sempre dubbia. Si dice *dato aliquo, vel retento, vel promisso*, perchè la decisione della controversia dipende sempre da uno scambievole sagrifizio (2).

La transazione si distingue in generale e speciale, secondo che le parti generalmente transigono sopra tutti gli affari che potessero esservi fra loro, ovvero sopra un affare speciale, fr. 9, 11, 12, *de transactionibus*, 2, 5; L. 21, 31 Cod. eod. 2, 4. Ma la transazione generale non si estende a ciò che s'ignorava, fr. 35 *de pactis* 2, 14 (3).

§ 1000. Tutta la teoria della transazione poggia su cinque principii:

1. La transazione consiste nella rinunzia a diritti controvertiti per ottenere diritti meno estesi, ma senza controversia; o, come altri dice, consiste in una novazione che ha caratteri speciali e che versa sempre sulle liti. Onde dev' esservi una controversia, cioè una lite o il pericolo di una lite, e appunto nella controversia dei diritti sta la *res dubia*, fr. 1 *de transactionibus*, 2, 15; L. 2, 12, 38 Cod. eod. 2, 4.

Di che segue che è nulla la transazione fatta sopra documenti che si sono poi riconosciuti falsi. L. 42, Cod. *de transactionibus* 2, 4 (4).

2. La transazione si fa *aliquid datum*, *aliquid retentum*, fr. 1, *de transactionibus*, 2, 15; L. 38 Cod. *eodem*, 2, 4.

Se non vi è una cosa che ambe le parti si danno e ritengono, vi potrà essere una rinunzia ai proprii diritti, una donazione, una remissione di debito, un recesso dalla lite, ma non mai una transàzione (5).

3. Nella transazione è insita l'alienazione, fr. 38, Cod. *de transanctionibus*, 2, 4.

---

(1) Per Codice civile non vi è ripetizione se non per dolo o frode e pe'minori o interdetti o inabilitati, art. 1804.

(2) Il Codice civile ne dà una definizione press'a poco uniforme, art. 1764.

(3) Teoria uniforme, art. 1764 e 1777.

(4) Teoria uniforme, art. 1775. Il Codice civile dice anche nulla la transazione fatta sopra una lite già finita con sentenza passata in giudicato, ed ignorata da una delle parti o da tutte e due, o sopra un oggetto pel quale da documenti scoverti posteriormente resti provato che una delle parti non aveva alcun diritto, o in esecuzione di un titolo nullo quante volte la transazione non sia caduta sulla nullità, art. 1774, 1776, 1777.

(5) Teoria uniforme, art. 1764.

Digitized by Google

Di che segue:

a) Che non possono transigere quelli che non possono alienare; L. 12, 21, 31, Cod. *de transactionibus* 2, 4, fr. 60 *de procuratoribus*, 3, 3.

b) Che non si può transigere sopra cose per le quali non può esistere alienazione, L. 21, 31, Cod. *de transactionibus*, 2, 4. Onde non si può transigere sopra un reato, ma si può sopra le conseguenze civili da esso derivanti, fr. 54, § ult. *de furtis*, 47, 2; L. 23 Cod. *de furtis*, 6, 2.

c) Che se per l'alienazione si ricerchino forme o solenni per determinate persone o per determinati beni, le stesse forme ed i medesimi solenni si richiedono per la transazione. L. 31 Cod. *de administratione tutorum*, 5, 37; fr. 22 *eodem*, 26, 7; L. ultima § 3 Cod. *quae liberis* 6, 61; fr. 54, 56 *de furtis*, 47, 2 (1).

4. La transazione ha la forza di cosa giudicata. L. 20 Cod. *de transactionibus*, 2, 4.

Di che segue che la transazione non può essere impugnata per errore di dritto o per causa di lesione. L. 10, 16, 19, 23, 25 Cod. *de transactionibus*, 2, 4; ma dev' esser corretto l'errore di calcolo. L. unica Cod. *de errore calculi* 2, 5.

Per altro può essere impugnata per errore di fatto, per dolo o per violenza, perchè il vizio del consenso è troppo grave. L. 4, 13, 19, 29, 42 Cod. *de transactionibus* 2, 4 (2).

5. La transazione è di stretta interpretazione, e non si estende ad altre cause che non siano quelle sulle quali chiaramente la transazione sia caduta, nè ad altre persone che non siano quelle che contrattarono, fr. 3, 5 e 9, § 1 *de transactionibus*, 2, 5; fr. 29, § 2 *de inofficioso testamento*, 5, 2 (3).

§ 1001. Rimane a parlare delle azioni.

La transazione era un patto nudo (vedi § 736), onde dava soltanto eccezione quando alcuno fosse convenuto. L. 12, Cod. *de transactionibus*, 2, 4. Se poi si fosse fatto per contratto verbale, dava l'*actio certi aut incerti ex stipulatu*. L. 6, 33, 37, 40 Cod. *de transactionibus*, 2, 4 (4).

---

(1) Teoria uniforme, art. 134, 296, 339, 1741, 1742, 1765, 1766. Oggi il Codice civile ha ritenuto così grave il contratto di transazione per quanto richiede *ad solemnitatem* l'atto scritto, art. 1314, n. 7.

(2) Teoria uniforme, art. 1772, 1773.

(3) Teoria uniforme, art. 1769, 1770, 1771.

(4) Il Codice civile dà azione ed eccezione, art. 1764.

Digitized by Google

QUASI CONTRATTI

§ 1002. Dopo avere esaminato i contratti ed i patti nella parte speciale, dobbiamo fare altrettanto dei quasi contratti, dei quali parlammo in generale al § 750.

Se ne noverano sei, cioè: 1. la tutela, 2. l'amministrazione della eredità, 3. l'amministrazione delle cose comuni, 4. l'adizione della eredità per rapporto al pagamento dei legati, 5. la ripetizione 6. la gestione dei negozii.

Poco diremo dei primi quattro, poichè essi formano altrettanti istituti di dritto, dei quali abbiamo già parlato, e così della tutela ai § 233 e seguenti, della eredità a' § 550 e seguenti, della comunione de' beni a' § 394 e seguenti, dell'adizione dell'erede, ai § 705 e seguenti. Ci limiteremo soltanto a spiegare brevemente come in codesti istituti s' innesti la teoria de' quasi contratti.

1. La tutela rientra tra i quasi contratti, perchè il pupillo è incapace di contrattare, ma pel bene che gli si fa, si presume che egli consenta ad indennizzare il tutore di quanto questi spende per l'esercizio della tutela. Come del pari dal semplice fatto di avere il tutore assunto il suo ufficio, si presume che egli voglia rendere i conti della sua gestione.

2. L'amministrazione dell' eredità del pari costituisce un quasi contratto, perchè si presume che chi amministra voglia rendere i conti, onde sorge in lui l'obbligo di renderli; e si presume che quegli a cui vantaggio si fa l'amministrazione, consenta ad indennizzare l'amministratore di ogni spesa o danno incontrato.

3. Lo stesso è a dire dell'amministrazione della cosa comune.

4. Per l' adizione dell' eredità si presume che chi raccoglie una eredità consente ai pesi che vi sono inerenti, onde l'obbligo di pagare i legatarii.

Sempre e in codesti quattro quasi contratti, e negli altri due, sopra cui dobbiamo fermarci perchè costituiscono istituti speciali, riluce il principio di cui abbiam tenuto parola al § 750, cioè che la legge presume un consenso per sola ragione di equità e di utilità, ed a base di un fatto, che quantunque abbia per iscopo un effetto giuridico, non è però diretto essenzialmente a costituire quella obbligazione che poi dal fatto medesimo deriva (1).

Se non che nella materia dei quasi contratti, i punti importanti sono quelli relativi alle ripetizioni ed alla gestione dei negozii delle quali ora dobbiamo trattare.

(1) Oggi nel foro e nella scuola si ritiene la medesima teoria.

Digitized by Google

Ripetizioni

§ 1003. Nella teoria delle ripetizioni, i Giureconsulti Romani distinguevano la ripetizione per causa di errore, e la ripetizione per tutt'altra causa che non fosse l'errore. La prima era chiamata *condictio indebiti*, e l'altra non dipendente dall'errore avea quattro nomi diversi: — 1. *condictio caussa data, caussa non sequuta* — 2. *ob turpem caussam* — 3 *ob injustam caussam* — 4. *sine caussa.*
Fermiamoci innanzi tutto sopra la ripetizione per causa di errore.

Ripetizione d'indebito (*Condictio indebiti*)

§ 1004. La ripetizione d' indebito si definisce — *quasi contractus, quo quis ex errore id, quod naturaliter indebitum est, solvendo, alterum, qui ex ignorantia accepit, ad restitutionem obbligasse censetur.* Si dice *quasi contractus* perchè certamente non fa un contratto colui che paga per errore, ma invece la sua intenzione è di sciogliere il contratto esistente — *quo quis ex errore,* perchè deve essersi fatto il pagamento per errore, altrimenti non si avrà più la ripetizione di indebito, ma si avrà qualcuna delle altre ripetizioni di cui parleremo qui di seguito — *id quod naturaliter indebitum est solvendo,* perchè si può ammettere la ripetizione d'indebito quando manca la obbligazione anche soltanto naturale (veggasi § 754) — *alterum qui ex ignorantia accepit,* perchè chi riceve indebitamente una cosa è tenuto sempre a restituirla, ma sarà soggetto alla ripetizione d'indebito quando ricevè per ignoranza, e sarà soggetto all'azione di dolo quando ricevè scientemente ciò che non gli era dovuto — *ad restitutionem obligasse censetur* perchè nessuno deve divenire più ricco a danno altrui (1).

§ 1005. Di che si vede che quattro sono gli elementi per la ripetizione d' indebito, cioè: 1. che abbia avuto luogo un pagamento, sia che si trattasse di danaro, di cosa, ovvero di fatto, purchè sia la vera *praestatio ejus quod debetur* (§ 792) fr. 22, § 1; fr. 26 § 1; fr. 31 §, e 40 § 2, *de condictione indebiti* 12, 6. — 2. che il pagamento non sia dovuto, qualunque sia la causa per cui mancava il diritto a costringere il debitore che ha pagato fr. 26 § 3, *de condictione indebiti* 12, 6; fr. 66 *de regulis iuris* 50, 17. Si eccettua però il caso del pagamento di una obbligazione naturale, per la quale è vietata la ripetizione, come si è detto al § 754 — 3. Che il pagamento sia

(1) Questa definizione regge anche pel Codice civile a base degli articoli 1145 e 1146.

Digitized by Google

stato fatto per errore, cioè nella erronea opinione di eseguire una obbligazione fr. 1, fr. 26 § 3, fr. 50, fr. 62. *de condictione indebiti*, 12, 6; L. 1, cod. *eodem* 4, 5. — 4. Che vi sia stata ignoranza in colui che ha ricevuto, poichè se mai questi abbia ricevuto scientemente la cosa che non gli si dovea, si avrà il dolo, cioè un delitto almeno civile fr. 18 *de condictione furtiva* 13, 1, fr. 43 *de furtis* 47, 2, (1).

§ 1006. Ciò che si è pagato indebitamente si ripete coll'azione personale d'indebito, e spetta a chi lo pagò o ai suoi eredi e contro colui cui fu pagato o suoi eredi, con gl'interessi dal giorno della domanda fr. 15 *de condictione indebiti* 12, 6. Che se quegli che ricevè l'indebito era in mala fede, cioè sapeva che l'indebito non gli era dovuto, in tal caso trattasi di delitto civile, e perciò gl'interessi decorrono dal giorno del pagamento fr. 3, *de condictione furtiva* 13, 1, (2).

§ 1007. Il carico della prova si dà a chi agisce per ripetizione di indebito, perchè non si può presumere che colui che paga sia così stolido da gittare i suoi danari. Ma se il convenuto neghi il pagamento, e quegli giunga a provare di averlo fatto, tale presunzione cessa, e spetta al convenuto il carico di provare il suo diritto al pagamento ricevuto, sia perchè chi dice deve provare, sia anche perchè dichiarando il convenuto di non avere ricevuto dall'attore la tale o tal altra cosa, si obbliga tacitamente a non contestargliene il possesso, ove resti provato il ricevimento da sua parte fr. 25 *de condictione indebiti* 12, 6 (3).

Altre ripetizioni (*condictio caussa data, caussa non sequuta: ob turpem caussam: ob injustam caussam: sine caussa*).

§ 1008. Tutte le altre ripetizioni accadono quando non vi sia errore di chi dà e intanto ne domandi la restituzione. Esse si concentrano in quattro classi — *condictio caussa data: caussa non sequuta*: *ob turpem causam: ob injustam caussam*: *sine caussa*.

a) Si ha la *condictio caussa data, caussa non sequuta*, quando si ripete ciò che fu dato per una data causa futura e lecita, la quale viene a mancare. Tale sarebbe la ripetizione di un corredo nuziale dato alla sposa pel futuro matrimonio che poi non segua. Fr. 1 e seguenti *de condictione caussa data, caussa non sequuta* 12, 4; L. 1 e seg. Cod. *De condictione ob caussam datorum* 4, 6 (4).

(1) Teoria uniforme, art. 1145 e 1146.
(2) Teoria uniforme, art. 1145, 1146 e 1147.
(3) Teoria uniforme, arg. art. 1145, 1146, 1237, e 1312.
(4) Il Codice civile si presta a tale ripetizione con l'art. 1148.

Digitized by Google

b) La *condictio ob turpem caussam* si verifica quando vi è causa disonesta da parte di colui che riceve. Fr. 1, e seg. *de condictione ob turpem vel injustam caussam*, 12, 5; L. 1 e seg. cod. *de condictione ob turpem caussam* 4, 7, (1). E si avverta che la turpitudine deve stare soltanto in colui che riceve, perchè se mai fosse in colui che dà, ovvero in entrambi, cioè in colui che dà e in colui che riceve, si avrebbe una obbligazione fondata sopra causa illecita, essendo i quasi contratti una delle fonti delle obbligazioni, e perciò non potrebbe aver vita la ripetizione fr. 1, fr. 4 e § 1 e 2 *de condictione ob turpem caussam* 12, 5 (2).

c) *condictio ob injustam caussam* si ha quando la causa per la quale alcuno ha cose altrui, non è riconosciuta come valida dalla legge. Così, annullata una obbligazione contratta per violenza, vi è diritto a ripetere la cosa data fr. 1, e seg. *De condictione ob turpem vel injustam caussam* 12, 5 (3).

d) Finalmente la *condictio sine caussa* è la più generale fra tutte e si avvera quando alcuno ha la cosa altrui senza cagione fr. 1. e seg. *De condictione sine caussa* 12, 7 (4).

La distinzione, come si è avvertito, tra la ripetizione detta d'indebito, e le altre quattro specie di ripetizione sta precisamente in ciò che nella prima deve concorrere l'errore, e nelle altre non deve concorrervi.

Se non che, parecchi di tutti e cinque i casi accadono pel pagamento. Per lo che si avrà una ripetizione detta d'indebito, quando il pagamento si fa per errore, ed allora si rientra al primo caso: si avrà una delle altre ripetizioni che più vi si accosti, quante volte il pagamento si faccia senza errore (5).

---

(1) Codesta ripetizione si appoggia per codice civile all'art. 1148. Se ad esempio, un giornalista si prendesse danaro da una persona per non infamarla, egli sarebbe soggetto a tale azione.

(2) Teoria uniforme, art. 1119.

(3) Gli art. 1148 e 1237 codice civile vi corrispondono secondo i diversi casi.

(4) Gli art. 1148 e 1237 codice civile vi si prestano secondo i casi diversi. Così, sarebbe una *condictio sine caussa*, la restituzione della caparra, quando quegli che l'à avuta, voglia l'adempimento della convenzione, art. 1217 codice civile. Tale sarebbe pure il caso dell'art. 1149.

(5) Se il pagamento è fatto per errore, si applicheranno gli art. 1144 e 1146 se è fatto senza errore si applicherà l'art. 1237.

Digitized by Google

Gestione di affari

(negotiorum gestio)

§ 1009. Sebbene sia una colpa l'immischiarsi negli affari di un altro, fr. 36 de *regulis juris* 5, 17, pure dovea esser permesso di ingerirsene quando si tratti di fargli un vantaggio, che delle volte è un vero soccorso — Un'improvvisa premura chiama, ad esempio, alcuno ad un viaggio, e pria che torni, un terremoto gli scuote la casa, ed un amico gliela fa puntellare. Così del pari, uno studente di lontana provincia cade infermo, ed un amico del padre ne prende cura, e spende per medici, medicinali, ed assistenza d'infermieri. È troppo giusto che codesti amici non rifondano del loro; onde la legge concede a chi ha fatto opere somiglianti un'azione per le spese che ha incontrate, perchè presume che ciascuno consenta a ciò che gli arreca utilità, e d' altronde niuno deve farsi più ricco a danno altrui. Contratto non vi è, ma vi è quasi contratto che si accosta al mandato.

Chi gerisce gli affari di un altro si chiama *gestore di affari* (*negotiorum gestor*): quegli i cui affari sono geriti si chiama *interessato* (*dominus rei gestae*, *dominus negotiationis*).

§ 1010. La definizione della gestione di affari è — *quasi contractus, quo quis negotia alterius ignorantis extra judicium utiliter gerenda sponte et gratis suscipit*. Si dice *quasi contractus* perchè manca il consenso scambievole delle parti, il quale, se vi fosse, si avrebbe un mandato che è il tipo a cui risponde la gestione di affari — *quo quis negotia alterius ignorantis*, perchè se l'interessato lo sa, e lasci fare, si ha un mandato tacito, e se lo proibisce, non sorge obbligazione, meno quella *de in rem verso* — si dice *extra judicium* perchè la gestione dei negozii è stragiudiziale di sua indole — *sponte et gratis suscipit*, perchè se vi è l'incarico si ha il mandato, nè il gestore può pretendere retribuzione, essendo la sua opera pietosa e di soccorso (1).

§ 1011. La differenza fra la gestione di negozio ed il mandato è doppia, dappoichè la gestione suppone una spontanea e volontaria ingerenza del gestore, e il mandato una facoltà ricevuta dal mandante: la gestione è sempre stragiudiziale, e il mandato è anche giudiziale (2).

---

(1) Questa definizione può ritenersi a base degli art. 1140 e 1141.

(2) Teoria uniforme, art. 1140, 1141 e 1737.

Digitized by Google

Principii generali

§ 1012. Sono due:

Il primo è che chi gerisce gli affari di un altro incontra le obbligazioni di un mandatario, e quegli il cui affare è stato gerito incontra le obbligazioni del mandante quante volte l'affare sia stato bene amministrato, perchè sul mandato si modella la gestione (1).

Il secondo è che la ratiabizione converte la gestione in mandato, perchè la ratiabizione, avendo forza retroattiva, viene sempre ad equipararsi al mandato, fr. 60 *de regulis iuris* 50, 17; fr. 56 *de judiciis* 5. 1. (2).

Requisiti

§ 1013. Sono tre cioè 1. la capacità del gestore ad obbligarsi — 2. la spontaneità di lui nella gestione — 3. la ignoranza dell' interessato. Bisogna bene chiarirli.

1. Il gestore deve avere la capacità di obbligarsi, perchè egli presta sempre un consenso ingerendosi negli affari altrui. Che se tale capacità mancasse, come ad esempio se fosse un minore, il gestore non assumerebbe gli obblighi di un mandatario, ma potrebbe esser tenuto pel danno, ovvero per l' utile versione fatta a proprio vantaggio, fr. 3 § 4 de *negotiis gestis* 3, 5 (3).

Viceversa non si ricerca capacità in quello il cui affare è gerito, sorgendo il suo obbligo dalla utilità fattagli, fr. 3 § 5, fr. 6 *de negotiis gestis* 3, 5 (4).

2. Gli atti del gestore debbono essere spontanei, ossia non deve egli esservi altrimenti obbligato, come lo sarebbe dalla legge il padre pe'beni dei figli, e come lo sarebbe dal contratto il mandatario dopo l'accettazione dell'incarico avuto dal mandante, fr. 6 § 1 e 2 e fr. 18 *mandati* 17, 1, fr. 60 *de regulis juris* 50, 17, (5).

3. L' interessato, cioè quegli il cui affare è gerito, deve ignorare la gestione delle sue cose, perchè se lo sa e tace, si ha un mandato tacito, fr. 3 § 5, fr. 6, 24, 41 *de negotiis gestis* 3, 5 (6).

Ma non è un requisito l' intenzione di amministrare la cosa di

---

(1) Teoria uniforme, art. 1141 e 1737.

(2) Teoria uniforme, art. 1141 e 1752.

(3) Teoria uniforme, art. 1307, 1151 e 1152.

(4) Teoria uniforme, art. 1144.

(5) Teoria uniforme, art. 1141.

(6) Teoria uniforme, art. 1141 e 1144.

Digitized by Google

un altro, come parecchi scrittori dicono, perchè per la gestione basta il solo fatto dell'amministrazione. Ciò è tanto vero per quanto esiste la gestione allora che alcuno credendo amministrare un affare proprio, amministra invece un affare altrui, come ad esempio una eredità che taluno potrebbe credere essergli ricaduta, mentre viene poi a spettare ad altri, fr. 6 § 3, e fr. 49 *de negotiis gestis* 3, 5 (1).

Obblighi del gestore.

§ 1014. Gli obblighi del gestore si riassumono in generale in quelli del mandatario perchè il gestore imprende da se l'affare altrui, e soltanto manca l'incarico; ma dal momento che ha preso un impegno, è d'uopo che lo esegua come se fosse stato incaricato.

Di che segue

a) Che è tenuto a continuare la gestione cominciata e condurla a termine sino a che l'interessato non sia in grado di provvedervi da sè stesso; ed anche quando l'interessato muoia, egli è pur tenuto a continuare la gestione sin quando l'erede possa assumerne la direzione fr. 21 *de negotiis gestis* 3. 5.

Per altro il gestore non ha l'obbligo d'imprendere altri nuovi affari dell'interessato, oltre quello di cui si diede pensiero, perchè rende sempre un favore da amico quando si presta anche a piccola cosa L. 20 Cod. *de negotiis gestis* 2, 19. Ma è obbligato a imprendere anche il nuovo affare quando questo è intimamente connesso col primo, in modo che una persona diligente non lo avrebbe trascurato fr. 6 § ult. *de negotiis gestis* 3, 5, come pure vi è obbligato quando il gestore fin da principio avesse posto mano alla gestione facendo tutti gli affari di persona lontana fr. 16 *de negotiis gestis*, 3, 5 (2).

b) Che il gestore risponde di regola della colpa lieve, cioè deve adoperare la diligenza di un buon padre di famiglia. Ma per eccezione è tenuto alla colpa lievissima, cioè deve adoperare la diligenza degli uomini più accorti ed attivi quando avesse voluto esser preferito ad altri nella gestione; ed è tenuto per converso soltanto al dolo e alla colpa lata quando si è prestato per urgente necessità fr. 3 § 9 *de negotiis gestis* 3, 5. Anzi il gestore risponde del caso, se avesse impreso un negozio pieno di rischio, al quale non era solito esporsi quegli il cui affare ha gerito, perchè il caso avrebbe avuto origine dalla sua imprudenza nell'azzardare a' capricci della sorte i beni altrui, mentre il padrone non soleva farlo, fr. 11 *de negotiis gestis* 3, 5, fr. 20 Cod. *eodem* 2, 19 (3).

(1) Teoria uniforme, art. 1141.

(2) Teoria uniforme, art. 1140 e 1141.

(3) Il Codice civile richiede che il gestore sia tenuto ad usare nella sua am-

Digitized by Google

c) Che è tenuto a rendere i conti della sua amministrazione § 1. *Inst. de obligationibus quae quasi ex contractu nascuntur* 3, 28; fr. 46, § 4; *de procuratoribus*, *3*, *3*; a restituire tutto quello che a lui pervenne dall'amministrazione, ed anche ciò che non era dovuto fr. 8 § 1, fr. 11, fr. 19, § penultimo, fr. 23 *de negotiis gestis*, 3, 5. Deve inoltre pagare gl' interessi ordinarii dal giorno della mora, ma se mai avesse impiegato a suo profitto le somme riscosse, in tal caso deve pagare gl'interessi massimi che si costumano nel luogo e dalla data del fattone impiego, essendo un' insigne perfidia convertire in uso proprio il danaro altrui che senza la volontà del proprietario si abbia in mano, fr. 38 *de negotiis gestis*, 3, 5 (1).

Obblighi dell'interessato

§ 1015. L'interessato ha l'obbligo della indennità verso il gestore per l' affare da costui gerito utilmente e così ad estinguere le obbligazioni contratte per necessità della gestione, a rivalutarlo delle necessarie ed utili, insieme con gl' interessi o da lui pagati pel danaro erogato, o da lui non percepiti, mentre avrebbe potuto percepirli snl proprio danaro da lui speso ad utilità del suo amministrato, fr. 2, fr. 19 § penultimo, fr. 30 e fr. 45 *de negotiis gestis* 3, 5; L. 18 Cod. *eodem* 2, 19 (2).

§ 1016. Che se il gestore credendo di gerire gli affari di uno, li gerisca invece per un altro avrà dritto all'indennità contro di costui poichè la gestione dei negozii si mantiene la stessa, fr. 5 § 1, fr. 6 § 8 *de negotiis gestis* 3, 5. Quando poi per errore avesse creduto di esser mandatario mentre non lo era, vi sarà pure gestione, fr. 5 *de negotiis gestis* 3, 5. E se alcuno gerisce affari in parte proprii ed in parte altrui, v'à gestione parziale limitata agli affari altrui fr. 6 § 4 *de negotiis gestis* 3, 5 (3).

§ 1017. L' indennità è dovuta anche quando l' affare non riesca,

---

ministrazione tutte le cure di un buon padre di famiglia; ma aggiunge che l'autorità giudiziaria può tuttavia moderare la valutazione dei danni che fossero derivati da colpa o negligenza dell'amministratore, secondo le circostanze che lo hanno indotto ad assumere l'affare, art. 1143.

(1) Per Codice civile il gestore ha gli obblighi del mandatario, art. 1141, onde si applicano gli art. 1747 e 1750, dei quali abbiamo parlato tra gli obblighi del mandatario, nella teoria del mandato.

(2) Per Codice civile se l'affare fu bene amministrato, l'interessato deve adempire le obbligazioni contralte in nome suo dall'amministratore, tenerlo indenne da quelle che ha personalmente assunto, rimborsarlo delle spese necessarie ed utili, cogl'interessi dal giorno in cui furono fatte, art. 1144.

(3) Teoria uniforme, art. 1141.

Digitized by Google

purchè le spese siano state utili. Così se alcuno a Napoli abbia fatto delle spese per uno studente infermo di lontana provincia il quale poi se ne muoia, è giusto che sia rivalutato, fr. 10 § 1 *de negotiis gestis* 3, 5. L. 10, *Cod. eodem* 2, 19. Quante volte poi il gestore abbia speso più di quello che faceva d'uopo, egli ricupera soltanto ciò che avrebbe dovuto spendere, fr. 25 *de negotiis gestis* 3, 5 (1).

§ 1018. Per altro non è dovuta alcuna indennità al gestore, allora che abbia gerito contro il volere o dietro una proibizione espressa dell' interessato, fr. 8 § ult. *de negotiis gestis* 3, 5, nel quale caso viene concessa la ripetizione soltanto di ciò di cui l'interessato è divenuto più ricco—Voet *ad Pandectas de negotiis gestis* n. 11 (2).

Neanche è dovuta alcuna indennità se la gestione siasi fatta *ex pietate vel animo donandi*, fr. 27 § ultimo, fr. 34 e 44 de *negotiis gestis* 3, 5; L. 11, 13, 15 Cod. *eodem* 2, 19 (3).

§ 1019. L'interessato è tenuto pure verso i terzi, in quanto egli lo è verso il gestore, cioè in quanto l'affare siasi trattato utilmente e nel suo interesse, fr. 31 e 33 *de negotiis gestis* 3, 5, Maynz, Dritto Romano § 359, pag. 456 (4).

Azioni

§ 1020. La gestione di affari ha due azioni l'una diretta e l'altra contraria. La diretta è a vantaggio dell' interessato e contro il gestore per la resa di conto, per la consegna di tutto ciò che è rimasto presso di lui, e per le conseguenze della colpa. La contraria è a vantaggio del gestore per la indennità (5).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1144.
(2) Teoria uniforme, art. 1144.
(3) Teoria uniforme, art. 1141, 1144, 1050.
(4) Teoria uniforme, art. 1144, e 1752.
(5) Teoria uniforme. Veggansi le precedenti note.

Digitized by Google

DELITTI E QUASI DELITTI

§ 1021. Abbiamo nel § 751 dato idea generale del delitto e del quasi delitto, e detto che l'uno è costituito da' fatti illeciti commessi con dolo, e l'altro da' fatti illeciti commessi con colpa, cioè per negligenza o imprudenza, sieno o non sieno tali fatti puniti dal Codice penale.

Abbiamo ricordato inoltre tre regole generali, cioè — 1 che il fatto costitutivo del delitto o del quasi delitto può essere positivo e negativo — 2 che è solidale l'obbligo del risarcimento — 3 che ne risponde anche il minore.

Qui dobbiamo sviluppare la teoria e precisarla anche meglio, ricordando per sommi capi i punti principali de' delitti e quasi delitti romani e tenendoci strettamente alla ragion civile senza discendere alla parte penale, che in una istituzione di diritto civile darebbe un ingombro inutile al libro e alla mente dei giovani.

Sistema delle azioni civili derivanti da' reati

§ 1022. E pria di passare a discorrere de' delitti e de' quasi delitti, gioverà toccare il punto relativo alle azioni che li accompagnano e fare intendere chiaramente il sistema tutto romano che per essi vi era, e che in generale poco si capisce negli scrittori ed è causa di enorme confusione in questa materia.

Due sono gli elementi di qualunque reato, cioè il vizio nell'atto, e l'effetto dannoso. Il vizio consiste nel dolo e nella colpa, onde la distinzione de' delitti e quasi delitti.

L'effetto dannoso mena non solo alla pena stabilita dalla legge, ma anche alla restituzione ed al risarcimento. Ciò è di rigorosa giustizia, ed è stato ammesso sempre (1).

Il diritto civile à relazione col diritto penale soltanto per le restituzioni e riparazioni per le quali sorge l'azione civile (2).

Ora per le azioni civili derivanti da reato il sistema romano era che contro il reo non si rivolgeva soltanto l'azione per la restituzione della cosa e per il risarcimento del danno, ma vi era anche un'azione di pena pecuniaria variamente delimitata (ad esempio nel doppio, triplo, o quadruplo del danno).

---

(1) E lo è anche oggi, art. 1, 2, e 72 Cod. pen.

(2) Teoria uniforme art. 1, 2, 72 e 133 Cod. penale, art. 1 e 569 Cod. proced. penale, art. 439 e 708 Cod. civile, art. 35 e 36 Cod. proc. civ.

Digitized by Google

Codesta pena andava a vantaggio dell'offeso, e quante volte questi non avesse esposto querela, andava a vantaggio del denunciante.

Ma perchè i Romani istituirono tale azione di pena pecuniaria?

E come mai questa era dovuta all'offeso, oltre alla restituzione e al risarcimento, e, se l'offeso si fosse taciuto, era dovuta al denunciante?

A' tempi Romani i delitti erano distinti in privati e pubblici. Privati erano quelli pe' quali non si potea procedere senza istanza di parte, e ad essi riducevansi il furto, la rapina, il danno, e l'ingiuria. Gli altri erano pubblici, cioè per questi si dava a qualunque cittadino il *jus accusandi*. Veggasi il Titolo delle Istituzioni *de obligationibus quae ex delicto nascuntur* 4. 1; fr ult. *de privatis delictis* 47, 1. Non vi erano allora, come oggi, i Pubblici Ministeri che promuovono l'istanza penale; ma invece per ciascun delitto dovea esservi un accusatore, il quale o era l'offeso, ovvero, ne' delitti pubblici, un altro qualunque cittadino.

E i Romani, per raggiungere l' intento della punizione de' reati e della conservazione dell' ordine pubblico, misero in movimento la molla dell' interesse, facendone gravitare il peso a'delinquenti. Savigny, *Des obligations* § 83.

Ne' delitti privati, cioè nel furto, nella rapina, nel danno, e nella ingiuria, l' offeso e non altri avea il *jus accusandi*, ed a solo suo vantaggio potea andare quella maggior pena penuniaria (chiamata azione penale) del doppio, triplo, quadruplo del danno.

Ma ne' delitti pubblici, ad esempio in un veneficio, in un omicidio ec., qualunque cittadino potea accusare e prendere il posto dell'attuale Pubblico Ministero, e perchè vi si fosse spinto si pronunciava a suo vantaggio e in premio della sua accusa quella pena pecuniaria. Soltanto concorrendo l'offeso come accusatore, veniva questi preferito nella percezione di quella pena.

Era codesto un genere singolare di azione civile ne'reati, e che derivava esclusivamente dal sistema di procedura che si avea per la punizione de' colpevoli.

Per lo che, come bene avverte il Savigny, *Des obligations* § 82, presso i Romani le azioni civili nascenti da' reati erano tre, cioè la prima tendente alla restituzione della cosa, la seconda al risarcimento del danno, e la terza a quella pena pecuniaria di cui ora abbiam discorso.

Le prime due aveano il nome comune di *actio rei persequutoriae*, e l' ultima di *actio poenalis*, e quando si esercitavano unite per uno stesso reato, si designavano col nome generico di *actio mixta*, cioè di pena pecuniaria e di risarcimento o restituzione § 16. Inst. *de actionibus* 4, 6; fr. 1, fr. 8. § 2, fr. 14 § 3 *de condictione furtiva* 13, 1.

Digitized by Google

L'*actio poenalis*, così intesa, non passava come l'*actio rei persequutoria* contro gli eredi del reo, ma invece si estingueva con la morte di lui, purchè la lite non si fosse contestata L. un. Cod. *ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur* 4. 17. E la ragione era che le azioni di restituzione e di risarcimento di danno discendono da' principii eterni del vero e del giusto, che si sentono nella coscienza di tutti, mentre l' azione di pena pecuniaria era il risultato di una composizione artificiale dell' accusa (1).

§ 1023. Dopo i tempi Romani quella pena pecuniaria a vantaggio dell' offeso, o di chi esercitava il *jus accusandi*, prese a scomparire, perchè il furto e la rapina furon considerati come delitti pubblici e non privati, e perchè fu estesa la facoltà dei magistrati di perseguitare i colpevoli senza bisogno del *jus accusandi* da parte dell'offeso o di altri. Istituiti poi gli ufficii de' Pubblici Ministeri, a' quali è affidata l'istanza penale, quella pena pecuniaria a vantaggio de' denuncianti non avea più ragione di esistere e venne da pertutto cancellata (2). Sicchè si badi bene quando si legge ne' libri dell' antico diritto. *Actio poenalis* non significa punto come oggi azione penale derivante da reato, ma azione per avere una pena pecuniaria dal reo in seguito alla denuncia fatta e sostenuta contro di lui in giudizio; azione scomparsa già da' secoli ne' Codici posteriori al Diritto Romano. L' *actio ad vindictam*, che molte volte avea de' nomi speciali, come l'*actio ex Lege Pompeja de parricidiis*, *ex Lege Cornelia de falsis* ec., corrisponde alla vigente azione penale. L'*actio rei persequutoriae* significa azione personale per la restituzione della cosa, e pel risarcimento del danno. Niente però impediva che il danneggiato in luogo di esercitare l'azione personale di restituzione avesse agito con la *rei vindicatio*, cioè con l'azione reale di revindica della cosa quando questa esisteva fr. 8 pr. fr. 10 e fr. 14 § 2 *de condictione furtiva* 13, 1, ciò che accadeva specialmente per le sottrazioni (3).

(1) Per Codice penale la morte del reo non pregiudica all'azione civile sopra i suoi beni o contro gli eredi per la riparazione del danno cui avrà dato causa il reato, art. 133. Cod. pen. Ed è ragionevole perchè oggi la pena pecuniaria non costituisce più azione civile com' era per diritto Romano.

(2) Così è oggi di regola, e nel Codice penale e di procedura penale non v'è alcuna pena pecuniaria a vantaggio dell'offeso o del denunciante. Ma in qualche Legge speciale n' è rimasta una traccia, e specialmente in quelle relative a' reati contro le finanze dello Stato come pel contrabbando, pel giuoco clandestino, lotto ec. pei quali una parte della multa va a vantaggio di chi denuncia o scovre il reato. Veggansi la legge 13 luglio 1862, art. 30 e 31; il Regolamento 11 settembre 1862; la Legge 15 Giugno 1865; e il Regio Decreto 28 giugno 1866.

(3) Del pari oggi potrebbe agirsi con azione personale di restituzione e con azione reale di revindica, quando ne sia il caso, come ad esempio ne' furti art. 72 Cod. penale, 569 Cod. pr. penale, 439 e 708 Cod. civile.

Digitized by Google

Delitti.

§ 1024. I delitti speciali romani sono molti e svariati, e non apporterebbe alcuna utilità alla tela del diritto civile l'ingolfarsi nella nozione di essi. Quasi tutti gli scrittori d' istituzioni di Diritto romano si fermano a parlare de' delitti privati, cioè di quelli pe' quali era necessaria l'istanza dell'offeso per procedere. Tali delitti, come abbiamo detto innanzi, erano il furto, la rapina, il danno e l' ingiuria; ma se pure la conoscenza delle antiche teorie a tale riguardo apporti un utile, questo si riversa interamente al diritto penale, che è estraneo al nostro proposito.

Per altro è mestieri esporre la teoria del danno di cui si occupa la Legge Aquilia, perchè questa versava unicamente sulla responsabilità civile che s'incontrava pel danno commesso direttamente per dolo o colpa. Fr. 11 pr. *ad Legem Aquiliam* 9, 2; Inst. § 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 14 *de Lege Aquilia* 4. 3.

Per la responsabilità civile derivante dall'opera di altri di cui si è tenuti, come pe' danni commessi da' figli, servi ec., si terrà discorso tra i quasi-delitti.

In generale si crede che la Legge Aquilia contenesse le pene sancite per chi avesse commesso un danno, mentre codesta Legge contiene le norme per la sola azione civile derivante dal reato di danno. Se ne vuole una prova certa? Eccola: Il terzo Capo della Legge Aquilia, tra le altre ipotesi, fa quella del danno commesso per l'incendio (*urendo*) fr. 27 § 3 *ad legem aquiliam* 9 2, e dice che si deve pagare il maggior valore che corre fra i trenta giorni. Or per l'incendio v'è il Titolo *de incendio* al Digesto Lib. 47 Tit. 9 in cui leggesi che la pena di regola è capitale, e che la morte davasi a' colpevoli bruciandoli vivi (*igni necantur* fr. 4, *de incendio* 47, 9 — *vivi exuruntur* fr. 28, § 12 *de poenis* 48. 19).

Che se i colpevoli scampavano dalla morte, *certe in insulam deportantur* fr. 12 § 1, *de incendio* 47, 9.—Altro che pena del maggior valore! Ne andava la vita del reo! Eppure moltissimi scrittori credono che per ogni danno, e perciò anche per quello commesso con l'incendio, la pena fosse segnata nella Legge Aquilia, e lo dicono con la maggiore sicurezza, non ostante che un titolo del digesto li smentisse.

Si ritenga dunque come certo che la Legge Aquilia è legge civile non penale, è legge che regola soltanto l' azione civile derivante dal reato di danno, e non già la péna dovuta pel danno.

Onde accade che della Legge Aquilia si fa frequente ricordo e nei libri di diritto civile, e nella giurisprudenza civile, e conviene perciò averne una breve idea.

Digitized by Google

Legge Aquilia.

§ 1025. La Legge Aquilia, come abbiamo detto, prendeva di mira la responsabilità civile pel danno volontario o involontario che fosse.

Or il danno si definisce — *omnis deminutio patrimonii injuria facta*. Si dice, *deminutio patrimonii*, perchè il danno si può avere soltanto allora che siasi scemato il patrimonio altrui — *omnis*, perchè qualunque sia il modo che siesi adoperato, cioè rompendo, guastando, incendiando ec., è bene indifferente quando con un mezzo qualunque siasi diminuito il patrimonio di un altro — *injuria facta*, perchè il fine del delinquente dev'esser quello di fare un dispetto, o almeno deve chi ne è responsabile non avervi avuto diritto ed avere arrecato quel danno per negligenza o imprudenza.

§ 1026. La Legge Aquilia, che fu un plebiscito a proposta del Tribuno Aquilio nell' anno 468 di Roma, constava di tre capi.

Col primo fu stabilito che — *si quis servum, servamve, alienum alienamve, quadrupedemve pecudem injuria occiderit, is tantum domino aes dare damnas sit, quanti id eo anno plurimi fuerit*. Fr. 2, pr. *ad Legem Aquiliam* 9, 2.

Per lo che col primo capo si prevedeva il caso di chi avesse ucciso uno schiavo, ch' era considerato come cosa, od un animale dei più pregiati cioè un quadrupede o un *pecus*, ben sapendosi che i Giureconsulti chiamavano *quadrupedes* gli animali che si domavano col collo e col dorso, come i buoi e i cavalli; *pecudes* quelli che pascolavano a greggia come le pecore, le capre; *bestiae* tutti gli altri animali. E la responsabilità civile consisteva nel pagare il maggior valore che lo schiavo o l'animale avrebbe avuto nell'intervallo di un anno dal giorno della uccisione fr. 21 § 1, *ad Legem Aquiliam* 9 2.

Cosicchè se fosse rincarito il prezzo dentro l'anno, l'autore della uccisione dovea pagare di più; e se fosse abbassato, non dovea pagar meno di quanto valeva nel momento del danno.

Il secondo capo era relativo all' *adstipulator* che in frode dello stipulante avesse liberato il debitore, rimettendogli il debito mediante l'accettilazione: lo stipulante aveva in tal caso un'azione contro l'*adstipulator* per tutto il valore del danno (*quanti ea res esset*). Ma essendo in seguito cessato l'uso degli *adstipulatores*, i quali erano una specie di procuratori, questo secondo capo della legge Aquilia andò in disuso (*Inst.* § 12 *de lege Aquilia* 4, 3; fr. 27 § 4 *ad leg. Aquil.* 9, 2).

§ 1027. Il terzo capo infine comprendeva *ogni altra specie di danno*, non preveduto nei due capi precedenti e diceva che — *si quis alias res praeter hominem et pecudem occiderit, vel si quis alteri damnum dederit*

urendo, frangendo, rumpendove injuria, is tantum aes domino dare damnas esset, quanti ea res fuerit in triginta diebus proximis fr. 27 § 3 *ad Legem Aquiliam* 9, 2.

Come si vede trattavasi di un danno qualunque, eccettuato quello di cui parlava il primo capo, e pel maggior valore si stava a' trenta giorni prossimi.

La legge Aquilia però, bisogna notarlo, contemplava solo il danno che era stato cagionato *corpore et corpori*; e ciò si aveva quando taluno recava danno ad un corpo col suo proprio corpo (*si quis praecipue corpore suo damnum dederit*), percuotendo, incendiando, guastando con le mani o coi piedi o con qualsiasi altra parte del corpo: solo in questo caso vi era luogo all'*azione diretta* della legge Aquilia, Inst. § 16 *de lege Aquilia* 4, 3; fr. 7 § 1; fr. 9 pr. e § 2 fr. 51 *ad Legem Aquiliam* 9, 2. Se invece il danno era stato arrecato *corpori*, ma non *corpore*, ad esempio se alcuno avesse rinchiuso l'altrui schiavo o l'animale in un sito, ove morisse per fame, in tal caso non v'era luogo all'*azione diretta* della legge Aquilia, perchè vi mancava uno dei requisiti essenziali, mentre il danno arrecato *corpori* non si sarebbe inferito *corpore*. — I Giureconsulti però, pur convenendo che in questi casi non si era nei termini della legge Aquilia, per cui non spettava l'*azione diretta*, introdussero per analogia l'*azione utile*, la quale produceva i medesimi effetti dell'azione diretta; fr. 7 § 3; fr. 9; fr. 11 § 1 e 5; fr. 29 § 8; fr. 30 § 3; fr. 5 *ad Legem Aquiliam* 9. 2.—Se poi il danno si era avverato, ma non era stato cagionato *nec corpore nec corpori*, come ad esempio sciogliendo un servo ligato il quale si fosse dato in fuga, nè anche era applicabile la legge Aquilia, ma si concedeva un'azione generale *in factum* fr. 7 § 6 *ad Legem Aquiliam* 9. 2.

L'*actio utilis Aquiliae* spettava al proprietario della cosa distrutta o danneggiata; ma in seguito potettero sperimentarla il possessore di buona fede, l'usufruttuario il creditore pignoratizio, ed in generale le persone che avevano interesse a conservare integra la cosa fr. 11 § 8 e 10; fr. 12; fr. 17; fr. 27 pr. § 3; fr. 30 § 1, *ad Legem Aquiliam* 9. 2.

L'*Actio Aquiliae* era azione mista (Vedi § 1022) poichè serviva da un lato a far ottenere il risarcimento del danno cagionato, e dall'altro a far conseguire il più alto valore che la cosa distrutta o deteriorata aveva raggiunto nell'anno.

Se il colpevole negava di essere stato l'autore del danno, la pena si aumentava del doppio (*adversus inficiantem in duplum actio est*). Inst. § 19 e 26 *de actionibus ad Legem Aquiliam* 4, 6, fr. 2 § 1 *ad Legem Aquiliam* 9, 2. Come azione mista l'*actio Aquiliae* non passava contro gli eredi del reo se non pel valore reale del danno, cioè senza l'aumento, il quale costituiva una pena pel solo autore fr. 23 § 8 *ad legem falcidiam* 9, 2.

Digitized by Google

Poteva avvenire inoltre che, indipendentemente dalla legge Aquilia, il proprietario della casa danneggiata o distrutta avesse qualche altra azione derivante da un vincolo obbligatorio, come, per esempio, l'azione di pegno, di deposito, di comodato, di locazione, ec. In questo caso il proprietario aveva la scelta o di avvalersi di una di queste ultime o dell' *actio Aquilia*; però l'esercizio dell'una portava rinunzia all' esperimento dell'altra: ciò non ostante se aveva scelta l' azione civile, poteva valersi dell' *actio utilis Aquiliae*, solo per conseguire il dippiù che avrebbe ottenuto se avesse sperimentato prima tale azione fr. 7 § 8; f. 27 *ad Legem Aquiliam* 9. 2; fr. 34 § 2 *de obligationibus et actionibus* 47, 7.

§ 1028. Del rimanente per legge Aquilia non avea responsabilità veruna chi avesse commesso danno per caso, come ad esempio per la rottura di una vetrina di bottega cadendo a terra, perchè non si deve imputare ad alcuno ciò che *fortuitis casibus accidit* L. 6 Cod. *de pignoratitia actione* 4, 24, ed è sempre diligente chi agisce *ad eum modum quem hominum natura desiderat* fr. 32 *depositi* 16 3. Veggansi pure i fr. 5 § 9; fr. 7 § 4, 28, 29, 31, e 52 *ad Legem Aquiliam* 9, 2. Nè dovea rispondere di danno colui che lo avesse arrecato esercitando il suo diritto perchè *nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet* fr. 151 *de regulis juris* 50, 17 (1).

Quasi delitti

§ 1029. Che si debba rispondere de' danni accaduti per proprio negligenza e imprudenza, cioè per colpa, è cosa fuor di dubbio, e ne abbiamo già parlato al § 1025.

Ma la difficoltà s'incontra quando si deve rispondere de'fatti dolosi o colposi di quelli che sono alla nostra dipendenza. Commette, ad esempio, un danno il figlio, lo commette il servo, quale responsabilità incontreranno il padre e il padrone?

Nè qui si ferma la responsabilità per quasi delitto, ma si estende ancora a' danni cagionati da' nostri animali, o cagionati dalle nostre cose, come sarebbe dalla ruina de'nostri edifizii.

Per tutte codeste ipotesi convien conoscere il sistema romano, poichè esse mettevano capo a un principio regolatore comune.

---

(1) Per diritto vigente alla Legge Aquilia rispondono gli art. 1151 e 1152 Cod. Civile, 72 e 133 cod. penale e, la riparazione o risarcimento consiste nel rivalutare il danneggiato della perdita sofferta e del guadagno di cui fu privato, art. 1227 Codice Civile. — Non vi è tale obbligo se il danno accade per caso fortuito, nè per l' esercizio di un diritto. Veggansi note a' § 310 e 323.

Digitized by Google

E il principio era quello della *noxa*, parola che proviene da *nesso*, cioè dall'intimo legame che ripassa tra il danno avvenuto e la persona, l'animale, o la cosa che lo han prodotto.

Il principio era semplicissimo — *noxa sequitur caput* — cioè del danno deve rispondere chi lo ha commesso.

§ 1030. Vogliamo spiegarne il congegno, e per comprenderlo dobbiamo ricordare che per dritto romano i figli erano cose rispetto al padre, lo schiavo era cosa rispetto al padrone.

Se perciò il figlio, o lo schiavo, avessero cagionato danno ad altri, il danneggiato poteva obbligare il padre o il padrone, in qualità di possessori della cosa che avea prodotto danno, a consegnare il figlio e lo schiavo quante volte non avessero preferito di pagare.

Ciò che era pe' figli e per gli schiavi, considerati come cose, si estese a'danni commessi dagli animali, i quali sono cose cioè beni rispetto al padrone, e si applicò del pari a'danni avvenuti per tutte le altre cose, e specialmente per gli edificii ruinati fr. 1, e seguenti *de noxalibus actionibus* 9, 4; Inst. tit. *eodem* 4, 8; fr. 6 e fr. 7 § 1 *de damno infecto* 39, 2.

La ragione era da una parte il nesso, cioè la connessione tra il danno prodotto e la persona, l'animale o la cosa che lo produce (in che consiste la *noxa* che era una specie di rapporto di causa ad effetto), e d'altra parte era la facoltà di abbandono della cosa, quando non si vuole adempiere ad una obbligazione che dalla cosa posseduta sorge, come è ad esempio l'abbandono del fondo al proprietario del fondo dominante, se il proprietario del fondo servente non voglia prestare la servitù; l'abbandono del fondo, se non se ne vogliano pagare i tributi ecc.

§ 1031. Ma la responsabilità del padre di pagare o dare in nossa il figlio che avesse commesso danno, si avea quante volte il figlio avesse abitato col padre, non già quando avesse abitato da lui diviso, sia perchè ordinariamente stava diviso il figlio disciolto dall'autorità paterna per la emancipazione, sia più di tutto perchè mancava la ragione di responsabilità paterna, quando non avesse avuto il figlio sotto la sua vigilanza, fr. 5, *de obligationibus et actionibus* 44, 7; § 2. Inst. *de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur* 4, 5.

Per altro Giustiniano tolse al padre il dritto di dare in nossa il figlio, per lo che se il figlio abitava col padre, questi dovea pagare il danno dal figlio commesso, e se non abitava con lui, poteva il danneggiato obbligare il padre a pagare fino alla somma cui si estendeva il peculio del figliuolo fr. 5 *de judiciis* 5, 1. fr. 3, § 21, *de peculio* 15, 1.

§ 1032. Quanto poi al danno prodotto dagli edifizii, ad esempio

Digitized by Google

con la ruina di essi, si mantenea fermo il principio nossale, cioè si dava facoltà al proprietario della casa caduta di cederla al danneggiato e di non rivalutarlo dei danni, fr. 6 e fr. 7 § 1 *de damno infecto*, 39, 2, perchè la colpa del proprietario della casa caduta si compensava con la colpa di chi avea sofferto danno, e che avea mancato di agire a tempo con azione di danno temuto, o almeno si presumeva che la ruina fosse stata imprevedibile, perchè se la si potea prevedere, nè il padrone della casa avrebbe mancato di puntellarla, nè chi stava in pericolo avrebbe omesso di reclamare.

§ 1033. Se non che, oltre ai figli, agli schiavi, agli animali, e alle cose che avessero cagionato danno, potevano esservene altri di cui si dovea rispondere, come i domestici (che al tempo dei Romani non erano tutti schiavi) i camerieri degli alberghi, gl' inservienti nelle osterie, gli stallieri nelle stalle, i mozzi nelle navi ecc. Tutta gente pagata, e che sta al servizio con una retribuzione per l' opera che presta. Per costoro mancava il principio nossale, perchè non eran cose rispetto al padrone. Or questi rispondeva senz' altro de' fatti loro nell'esercizio delle incombenze cui li avea dedicati, perchè avea fatto mala scelta nel prenderli, e *mala electio est in culpa* fr. 5 § ult. *de obligationibus et actionibus*, 44, 7; fr. ult. pr. e § 4 *nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant* 4, 9. Non avrebbe potuto il padrone di un albergo consegnare come cosa al danneggiato un cameriere che non era suo schiavo, ma il padrone era tenuto a rispondere pel cameriere.

Per altro in quanto a'nocchieri, albergatori e stallieri, la responsabilità era doppia, cioè non solo sotto l'aspetto di quasi delitto pe'danni che commettono i loro dipendenti, come abbiamo detto d' innanzi, ma anche per quasi contratto, perchè avendo ricevuto in custodia le cose o gli animali de' passeggieri, si presumeva il loro consenso per la custodia e per la restituzione fr. 1 § 1, e fr. 2 *nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant* 4, 9.

Ond' essi debbono rispondere de' danni che commettono anche i terzi, quante volte però avessero potuto prevedere i danni medesimi, poichè se mai non avessero potuto prevederli, come ad esempio un furto a mano armata, non esiste la colpa, e vi è il caso di cui non si deve rispondere. Del pari essi non sono tenuti se mai abbiano detto ai viandanti che ciascuno conservi le proprie cose, e questi vi abbiano consentito, poichè in tale ipotesi non avrebbero coloro assunto l' obbligo della custodia e della conservazione fr. ult. *nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant*, 4, 9 (1).

(1) Ridotta la patria potestà ne'limiti suggeriti dalla civile filosofia e dal progresso dei tempi come abbiamo detto al § 193, e seguenti, ed abolita la schiavitù, il principio della *noxa* venne a mancare pe' figli e per gli schiavi, e

Digitized by Google

OBBLIGAZIONI DERIVANTI DALLA LEGGE

§ 1034. Discorrendo di queste nella parte generale al § 752, abbiamo avvertito com'esse sieno di natura assai varia, poichè sorgono dal corpo stesso delle leggi e dagl'istituti speciali onde le leggi constano.

---

dopo che per essi mancò, cessò naturalmente anche per gli animali e per gli edifizii cui quel principio si era esteso; cosicchè la teoria romana venne del tutto abbandonata, e la responsabilità per quasi delitto si poggiò sopra il principio diverso e filosofico della sola colpa, cioè della mancanza di diligenza e di prudenza, secondochè abbiamo spiegato al § 309.

Oggi si deve rispondere direttamente e sempre della colpa propria, e si deve rispondere anche del dolo o della colpa di quelle persone che sono da noi dipendenti, quando si può presumere una colpa nostra o per poca vigilanza su di esse, o per mala scelta fatta ammettendole al nostro servizio. Il medesimo principio della colpa regge anche pe' danni commessi dagli animali, o accaduti per vizio delle nostre cose, perchè il proprietario di una cosa, sia animata sia inanimata, à il debito di custodirla in modo che essa non abbia ad arrecar danno ad alcuno. Se il tuo cane morde, morde per colpa tua che lo ài mal custodito; e se per vetustà rovina la tua casa, ciò è anche per colpa tua che dovevi restaurarla; siccome è anche tua la colpa se la casa rovina per vizio di costruzione perchè dovevi adoperare Ingegneri di valore.

Laonde il principio che anima tutta la teoria odierna de' quasi delitti è la colpa di quello che ne deve rispondere, e da tale principio muovono gli articoli 1152, 1153, 1154, e 1155.

Dobbiamo per altro bene intendere ciò che codesti articoli sanzionano nel oro dettato, e le diverse pieghe della responsabilità per colpa.

Il padre, ed in sua mancanza la madre, sono obbligati pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi; i tutori pei danni cagionati dai loro amministrati e che con essi abitino; i padroni ed i committenti pei danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati; i precettori e gli artigiani pei danni cagionati dai loro allievi ed apprendenti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza (art. 1153 cod. civ.).

Si risponde eziandio da' padroni degli animali, o da chi se ne serve e pel tempo in cui se ne serve, dei danni cagionati dagli animali medesimi, sia che questi si trovino sotto la custodia di quelli, sia che si fossero smarriti o fossero fuggiti (art. 1154 cod. civ.).

È si risponde altresì dei danni cagionati dalla rovina di un edifizio del proprietario di esso, quando sia avvenuta per mancanza di riparazione o per un vizio nella costruzione (art. 1155).

Il fondamento giuridico di tutte queste responsabilità si trova nel principio della colpa, cioè nel non essersi usata tutta la diligenza necessaria sia per la educazione che incombeva di dare a persone poste sotto la nostra dipendenza (figli, e minori in istato di tutela), sia per non aver fatta buona scelta delle persone della cui opera ci serviamo (domestici, commessi, ecc.), sia in fine per non aver usata la dovuta vigilanza sulle persone che si trovano ad imparare un'arte o una professione (allievi ed apprendisti).

Per lo che la esposizione di somiglianti obbligazioni riuscirebbe da una parte assai estesa, e d'altra parte inutile, dal momento che ciascuna obbligazione che deriva dalla legge, avendo il proprio istituto di diritto cui si rapporta, deve essere in esso necessariamente trattata.

Non vogliamo estenderci oltre racimolando istituti che non hanno stretto nesso col diritto civile che forma il nostro obbiettivo. Ma non possiamo dispensarci di parlare di quelle obbligazioni che per

---

Giova intanto osservare che la presunzione dalla colpa da parte dei genitori, tutori, precettori, ed artigiani è semplicemente *juris tantum*, vale a dire essi hanno diritto di essere ammessi a provare di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero rispondere; mentre la presunzione della colpa da parte dei padroni e committenti è *juris et de jure*, cioè a dire, che non ammette prova contraria, art. 1153.

La ragione di tale differenza sta in ciò, che i primi rispondono dei danni cagionati dalle persone che sono sotto la loro educazione o vigilanza per la presunzione che i danni siano avvenuti per essersi da essi omessa la dovuta vigilanza, dimodochè è giusto che essi non ne siano più responsabili quando provino di non aver potuto impedire il fatto che à cagionato il danno.

I padroni invece ed i committenti rispondono del danno cagionato dai loro domestici e commessi, non già perchè non li abbiano educati o vigilati, ma perchè hanno fatto una cattiva scelta al momento che li hanno presi al loro servizio. La loro colpa quindi è anteriore al fatto che ha prodotto il danno, e solo quando questo si avvera viene a manifestarsi ed a rimanere provata.

Tra i padroni e committenti rientrano i vetturini per terra e per acqua, gli osti e gli albergatori, i quali per la consegna avuta dai viandanti degli effetti che essi portano, sono obbligati alla custodia, conservazione, e restituzione onde rispondono dei danni che sopra quegli effetti si commettessero, ed anche dei furti che accadessero di tali effetti per opera dei domestici, di persone preposte alla direzione, o da estranei, che frequentino il luogo, ove il viandante si è ricoverato art. 1629, 1866, 1867, e la ragione sta sempre nella colpa dei vetturini, osti o albergatori. Che se poi costoro non avessero potuto nè prevenire, nè impedire i danni, malgrado le necessarie precauzioni, e secondo le regole della prudenza e di quelle vigilanti cautele che sono tenuti ad usare, finirebbe la loro responsabilità, perchè alla colpa subentra il caso. Ciò specialmente accade pei furti commessi a mano armata o altrimenti con forza maggiore—Art. 1868.

La responsabilità cessa del pari quando vi è negligenza grave del proprietario, perchè la colpa di costui sorpasserebbe quella dell'albergatore, del vetturino, ecc.—art. 1868. Onde si vede che gli albergatori sogliono in ogni camera apporre un manifesto a stampa, in cui è detto che non rispondono degli oggetti di valore dei viandanti, se questi non li consegnano personalmente a loro.

E il Codice Civile ha pur creduto di assicurare anche meglio gl' interessi dei viandanti, ritenendo come deposito necessario la consegna degli effetti portati nell' albergo, nella nave, ecc. art. 1629 1866 — E ciò mena alla facoltà del magistrato di ammettere la prova testimoniale, anche quando si trattasse di valore eccedente le lire cinquecento ai termini dell' art. 1348 n.° 3.

Digitized by Google

forza della legge s' impongono per eccezione al principio che niuno può obbligare altri con la sua promessa. È questo un argomento delicato, sia perchè senza di esso resterebbe imperfetta la nozione del mandato (vedi § 968), sia perchè comprende l' *actio de in rem verso* che è di tutta attualità

Azioni che derivano dalla legge, in dissonanza del principio — *alium obligare promissione sua nemo potest* — **e che son chiamate** *actiones adjectitiae qualitatis.*

§ 1035. È principio di diritto che nessuno può essere obbligato per un contratto fatto da altri, anche quando si tratti di persona che abbia sotto la sua potestà il contraente. Il Diritto Romano era durissimo su questo punto, perciocchè non potrebbe tollerarsi una obbligazione impostaci per fatto di un terzo e ne abbiamo già parlato al § 747, nè la unità di persona, che si aveva in Diritto Romano fra padre e figlio, padrone e servo, potea menare alla conseguenza che il padre ed il padrone avessero potuto restare obbligati per contratti fatti dai figli e dai servi, tuttochè per codesta unità di persone le stipulazioni a vantaggio dei figli e dei servi venissero ad acquistarsi dai genitori e dai padroni. In altri termini costoro potevano render migliore e non deteriore la loro condizione pei contratti che si facessero da quelli che erano sottoposti alla loro potestà.

Cosicchè il principio generale di diritto che nessuno può restare obbligato per un contratto che si facesse da un terzo, restava fermo non ostante la unità di persona derivante dalla potestà patria o domenicale.

Ma pure il Pretore trovò equo che a quel principio, per lo quale niuno può essere obbligato pel fatto di un terzo, si facessero due gravi eccezioni, l'una per riguardo a'negozii marittimi e terrestri, onde le azioni *exercitoria et institoria*, e l' altra per riguardo al rapporto che passa tra padre e figlio, padrone e servo, onde le azioni *quod jussu, de peculio, tributoria, de in rem verso, et de Senatus Consulto Macedoniano.* Accadde di poi che alcuna di tali azioni, e specialmente quella *de in rem verso*, non si restrinse soltanto al padre di famiglia e a quelli che erano soggetti al suo potere, ma si generalizzò per tutti i casi (1).

Tutte codeste azioni vennero anche chiamate col nome generico

(1) Come vedremo nelle seguenti note, oggi si hanno le azioni *exercitoria et institoria*, ed anche quelle *tributoria* e *de in rem verso* non limitate alle obbligazioni de' figli di famiglia.

Digitized by Google

di *actiones adjectitiae qualitatis*, perchè, rivolgendole contro il terzo, aggiungono qualità all'azione primordiale. Così, il giovine di negozio vende delle merci e per la vendita si avrà l' *actio empti*, ma rivolgendosi al negoziante l' azione si converte in *actio empti institoria*, perchè alla compra si aggiunge la qualità del negozio cui il giovine fu preposto.

Di tutte quelle azioni noi parleremo partitamente meno dell' ultima, cioè dell' azione derivante dal Senato Consulto Macedoniano, avendo di questo tenuto proposito nel mutuo al § 822.

Actio exercitoria

§ 1036. Come si è cennato d' innanzi a' § 968 e 1035 i Romani muovevano da due principii — *alium obligare promissione sua nemo potest — per extraneam personam nihil acquiri potest*, onde accadeva che i padroni delle navi non erano obbligati pei contratti che avessero fatto coloro che vi erano preposti, tuttochè i contratti si fossero riferiti ai negozii pei quali la nave viaggiava. L'unica eccezione si faceva pel caso in cui quegli che era preposto al comando della nave fosse stato figlio o servo del proprietario di essa, ma in realtà in tal caso eccezione non vi era, perchè aveasi la unità di persona.

Quando poi il commercio dei Romani cominciò a prendere estese proporzioni, fu necessità di obbligare gli armatori delle navi a rispondere dei contratti che per la nave e per la spedizione di essa facevano coloro che vi erano preposti fr. 1. pr. e § 1, 5 e seguenti *de exercitoria actione* 14, 1.

Quegli a cui tornava ogni provvento della nave, sia che ne fosse proprietario, sia che l'avesse presa a nolo per ritrarne vantaggio da spedizioni che facesse (*conductio navis per aversionem*) si chiamava *exercitor*, perchè l'esercizio era suo, fr. 1, § 15 *de exercitoria actione* 14, 1; § 2. Inst. *quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur* 4, 7 (1). Quegli invece che era preposto al governo della nave, chiamavasi *magister navis*, fr. 1, § 1, 3, 4 e 5 *de exercitoria actione* 14, 1 (2).

§ 1037. È principio di diritto che l'*exercitor*, cioè il proprietario o armatore della nave è tenuto alle obbligazioni assunte dal Capitano pel governo ed amministrazione della nave, fr. 1, § 7, 8 e 9; fr. 7 pr. e § 1 *de exercitoria actione* 14, 1. La ragione è che cotesto obbligo è virtualmente incluso nella preposizione al comando affidato

(1) Oggi chiamansi proprietarii di navi ed armatori, art. 491 e 512 Codice commerciale.

(2) ... chiama Capitano, art. 496 Codice commerciale.

Digitized by Google

al *magister navis*. Onde segue che le obbligazioni contratte dal marinaro che non sia stato preposto al governo della nave, non vanno a carico dell'esercitore, fr. 1, § 2 *de exercitoria actione* 14, 1 (1).

Segue del pari che l'esercitore risponde dei delitti o quasi delitti non solo del Capitano ma anche dell'equipaggio nell'esercizio delle incombenze cui sono destinati, pel principio che ciascuno è tenuto della colpa dei proprii dipendenti relativamente all'esercizio cui li ha addetti, fr. 5 *de exercitoria actione* 14, 1 (2).

§ 1038. Quegli che ha contrattato col *Magister navis* cioè col Capitano ha la scelta di rivolgere la sua azione o contro di lui o contro l'esercitore, fr. 1, § 17 *de exercitoria actione* 14, 1; § 2. Inst. *quod cum eo qui in aliena potestate negotium gestum esse dicitur*, 4, 7; e se gli esercitori siano più, vi è contro di essi azione solidaria, fr. 1, § ultimo, e fr. 2 e 3 *de exercitoria actione* 14, 1. Viceversa poi l'esercitore non aveva di regola azione contro colui che aveva contrattato col Capitano, se non in sussidio, e quante volte non avesse potuto per mezzo del Capitano conseguire ciò che gli spettava, fr. 1, § 18 *de exercitoria actione* 14, 1. L'esercitore poi avea sempre azione di regresso contro il Capitano per le obbligazioni da lui contratte senza necessità, e ciò in forza dei principii generali. Veggasi Eineccio *Ad pandectas* nota al § 140, parte 3ª (3).

---

(1) Teoria uniforme, art. 491 Codice commerciale. Inoltre il Codice di commercio stabilisce che il mandato del Capitano è circoscritto quando egli agisce nel luogo della dimora dei proprietarii o degli armatori della nave, ovvero in quello ov' esiste un loro legittimo procuratore. Di modo che se il Capitano fa un contratto nel luogo ove l'esercitore o un suo procuratore dimorino, e senza loro consenso, l'esercitore non ne deve rispondere, art. 506 Codice commerciale. Il Codice di commercio ritiene il Capitano non come un locatore di opere, ma come un mandatario dell' esercitore per tutto ciò che riguarda il governo e l'amministrazione della nave.

(2) Teoria uniforme, art. 491 Codice commerciale.

Inoltre il Codice di commercio stabilisce che ogni proprietario o comproprietario che non ha contratto obbligazione personale, può, mediante l'abbandono della nave o del nolo esatto o da esigere, liberarsi dalla responsabilità dei fatti del Capitano e delle altre persone dell'equipaggio e dalle obbligazioni contratte dal Capitano, art. 491. Ha voluto perciò il Codice mitigare l'antica durezza contro l'esercitore; ma ha eccettuato il caso in cui il Capitano fosse proprietario o comproprietario della nave, perchè allora egli è tenuto personalmente alle obbligazioni da lui contratte ed in proporzione del suo interesse, e non può quindi giovarsi di quel beneficio che la Legge concede al semplice esercitore costretto necessariamente a servirsi dell' opera degl'individui destinati all' esercitazione della nave, art. 491 Codice commerciale.

(3) Per Codice di commercio chi ha contrattato col Capitano può agire o contro di costui o contro l'esercitore, salvo sempre di eseguire la sentenza

Digitized by Google

Actio institoria

§ 1039. Come accadde pel commercio marittimo, anche pel commercio terrestre fu fatta eccezione a'due principii *alium obligare promissione sua nemo potest*, *per extraneam personam nihil acquiri potest.* Veggasi § 1036. Ed era ragionevole perchè chi ha il profitto di un commercio che fa esercitare da altri, è giusto che resti obbligato ai contratti che fa quegli che da lui vi è preposto, fr. 1, *de institoria actione* 14 3. Onde fu chiamato *institor* colui che era dal commerciante preposto all'esercizio del suo negozio, da *instare* che presso i Greci valeva *negotiari*, fr. 5 *de institoria actione* 14, 3 (1).

§ 1040. Chiunque ha la libera amministrazione dei beni può preporre altri all'esercizio del suo negozio: può esser preposto come institore al negozio altrui qualunque persona, anche quando fosse incapace ad obbligarsi, fr. 7, § 1 e 2, fr. 8 de *institoria actione* 14, 3. La ragione è che le obbligazioni dell'institore, anche incapace, si sostanziano in quelle del preponente (2).

§ 1041. È principio di dritto che il preponente è tenuto alle obbligazioni assunte dall'istitore per le operazioni strettamente connesse al genere di negozii cui è preposto, fr. 5 § 11, fr. 7, § 1 e 2 e fr. 8 de *institoria actione* 14, 3. La ragione è che l'institore è una specie di mandatario (3).

---

contro di quest'ultimo se mai abbia agito contro il Capitano, art. 510 Codice commerciale. Se più siano gli esercitori non vi è azione solidaria contro di essi, art. 491 Codice commerciale, e la ragione è che si è permesso l'abbandono della nave, dietro di che gli esercitori non potrebbero ulteriormente essere obbligati per le quote degli altri compartecipi. Tanto il Capitano quanto l'esercitore possono rivolgere la loro azione contro colui che ha contrattato col Capitano, senzache vi si riconoscano le restrizioni del Diritto Romano, articoli 510 e 869 n. 4 Codice commerciale.

(1) Anche oggi chiamasi institore, articolo 367. Codice commerciale.

(2) Teoria uniforme, art. 368 Codice commerciale. Che se alcuno il quale non ha l'amministrazione dei beni nomini un istitore, questi allora è tenuto *de proprio*, perchè dovea informarsi delle condizioni del mandante.

(3) Oggi è vero mandatario, art. 368 Codice commerciale.

Il commesso del negoziante è locatore d'opera di costui art. 1570 Cod. civ. Ma nello stesso tempo egli è un mandatario del negoziante, il quale se ne serve come rappresentante in quegl'incarichi che pubblicamente gli affida. Art. 1737 Cod. civile. Sotto questo secondo rapporto il commesso per gl'incarichi affidatigli obbliga il negoziante, ed il fatto del commesso si attribuisce alla persona del negoziante per tutte le conseguenze del fatto medesimo.

È un mandato, il quale può essere espresso o tacito art. 1429, 1737, 1752, 1840 Cod. civ. art. 349 e 369 Cod. commercio. Così il Commesso razionale incaricato della tenuta de'libri, obbliga il negoziante per gli effetti delle scrittu-

Digitized by Google

Di che segue che il preponente risponde dei delitti o quasi delitti degli istitori relativamente all' esercizio del negozio affidatogli, pel principio che ciascuno è tenuto a rispondere della colpa dei proprii dipendenti pel servizio a cui li ha addetti (1). E segue del pari che se il preponente abbia pubblicato che niuno riconosca più come suo istitore quegli che avea per tale, non ha più l'obbligo di rispondere de' fatti di lui, leciti o illeciti che sieno, perchè ha rivocato il mandato, fr. 11 § 2 *de institoria actione* 14, 3 (2).

§ 1042. Chi à contrattato con l'istitore può rivolgere la sua azione o contro di lui o contro il preponente, il quale vi sarebbe tenuto come mandante, fr. 1, 2, ed ult. *de institoria actione* 14, 3 e se i preponenti siano più, tutti sono tenuti in solido, fr. 13 § ultimo e fr. 14 *de institoria actione* 14, 3 (3). Viceversa poi il preponente non aveva di regola azione contro di colui che avea contrattato con l'istitore, se non in sussidio, e quante volte non avesse potuto conseguire per mezzo dell'istitore medesimo ciò che gli spettava, fr. 1 in fine e fr. 2 *de institoria actione* 14 3 (4).

Actio quod jussu

§ 1043. Tra padre e figlio, padrone e servo, non poteva esistere contratto, perchè il figlio ed il servo erano considerati come cosa rispetto al padre ed al padrone, onde non potea tra loro ripassare un contratto di mandato. Se perciò il padre o il padrone avessero dato incarico al figlio od al servo di far qualche cosa e specialmente di contrattare, codesto incarico si riteneva come comando (*jussum*), pel rapporto di dipendenza che ripassava tra loro, ed il padre ed il padrone ne rispondevano, di che si aveva l'*actio quod jussu* a favore di colui che avea contrattato col figlio o col servo e contro il padre ed il padrone per rispondere delle conseguenze dell' incarico

---

razioni contenutevi, e i libri si hanno come scritti dallo stesso negoziante: il commesso preposto al magazzino pel ricevimento e consegna delle mercanzie, obbliga il negoziante per gli errori in cui possa essere incorso.

In generale si chiama istitore chi è deputato all' amministrazione ed al disimpegno di uno stabilimento o di una negoziazione commerciale qualunque, da esercitarsi per conto della persona che ve lo prepone, la quale persona è chiamata preponente art. 367 Cod. commerciale.

(1) Teoria uniforme, art. 368 Codice commerciale.

(2) Teoria uniforme, art. 374 Cod. commerciale.

(3) Teoria uniforme, art. 1745 Codice civile, 368 e 375 Codice commerciale

(4) Per Codice di commercio il preponente può agire contro i terzi che han trattato con l' institore, perchè il preponente è oggi considerato come un vero mandante, art. 368, 374 e 375 Codice commerciale.

Digitized by Google

da loro dato. Ciò era in realtà un mandato, ma per ovviare alla difficoltà che provveniva dalla unità di persona, il Pretore variò le parole e concesse quell'*actio quod jussu,* fr. 1 e § 1 e seg. *quod jussu* 15, 4 (1).

Actio de peculio

§ 1044. Come vedemmo al § 198 tra le diverse specie di peculio v'era il profettizio, che provveniva dal padre, e di cui il padre riteneva la proprietà, e il figlio avea l'amministrazione.

Accadeva talvolta che il padre dava de'beni o del danaro al figlio per farne quel miglior uso che gli piacesse. Se mai il figlio contraea obbligazioni ne restava obbligato per l' intero, e il padre fino all' ammontare del peculio. *Si quis cum filiofamilias contraxerit duos habet debitores, filium in solidum, et patrem dumtaxat de peculio* fr. 44 *de peculio* 15, 1. La responsabilità paterna derivava non dalla unità di persona, ma dall' avere affidato il peculio al figlio.

Taceva in tal caso il diritto paterno a ritirarsi il peculio, come avrebbe potuto se i terzi non vi avessero acquistato diritto, ma i terzi non potevano costringere il padre a pagare oltre il valore del peculio perchè fino al limite di esso si era estesa la largizione di lui, fr. 44 *de peculio* 14, 15.

Anehe pel peculio che il padrone avesse dato al servo, correa la stessa regola cioè il padrone dovea rispondere fino all' ammontare del peculio, ma il servo non restava mai obbligato perchè rimpetto alla società egli era cosa e non persona.

V'era poi di singolare che, addentandosi da'creditori il peculio del figlio o del servo, il padre o il padrone aveano diritto di prelevare tutto ciò che era dovuto a loro, sempre quando il padre o il padrone non fossero stati intesi de' contratti che il figlio o il servo avessero fatto co'terzi, perchè se mai lo avessero saputo, non trovava più luogo l'*actio de peculio*, ma l'*actio tributoria*, di cui ora parleremo, fr. 9 § 2 e 3, fr. 6 pr. *de peculio* 15, 1, (2).

---

(1) Per diritto civile quest' azione non esiste perchè non v' è più unità di persona tra padre e figlio, e tra loro può ben ripassare il contratto di mandato. Veggasi quanto è detto alla patria potestà.

(2) La teoria dell'*actio de peculio* è sconosciuta per diritto vigente.

Digitized by Google

Actio tributoria

§ 1045. I beni ed i danari non si davano, come non si danno oggi, con tanta facilità a' figli perchè ne facessero quell'uso che a loro riuscisse di piacere. Invece d'ordinario il padre n'è largo coi figliuoli per avviarli a professioni lucrose, e così ad esempio mettendo su un negozio per farli lavorare e prendere interesse a divenir buoni mercanti.

Or quando il figlio contraeva col peculio datogli dal padre, e questi era a giorno de' contratti che il figlio faceva, aveasi la stessa norma dell'*actio de peculio*, con la sola differenza che il padre non poteva prelevare ciò che il figlio dovea a lui, ma era posto a livello degli altri creditori, Fr. 1 pr. *de tributoria actione* 14, 4. E ciò era ragionevole perchè il padre prestava almeno un tacito assenso a' contratti fatti dal figlio, mediante la notizia che ne aveva.

Lo stesso era pe' servi a' quali il padrone dava un peculio per farli su di esso industriare, e trarne egli guadagno.

Quando i creditori erano molti, e il peculio insufficiente a pagarli tutti, la distribuzione si facea per contributo, cioè ciascun creditore era pagato in meno e in proporzione del proprio credito. Così, se un creditore dovea aver 20, e un altro 10, e i beni fossero stati del valore di 15, quegli prendeva 10, e questi 5. A tal modo veniva rispettata e mantenuta l'eguaglianza, a cui tutti i creditori hanno sempre incontestabile diritto, se pure alcuno tra essi non goda una qualche causa di prelazione per privilegio od ipoteca, fr. 7, § ult.; fr. 8 *de tributoria actione* 14, 4; § 3. Inst. *quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur* 4, 7.

In altri termini l'*actio tributoria* era un' applicazione al peculio della regola generale della distribuzione per contributo tra i creditori personali, regola che abbiamo esposta al § 546.

Codesta regola è un'obbligazione che deriva dalla legge, la quale impone che tutti i creditori personali contribuiscano nella perdita, affinchè fra tutti si mantenga l'eguaglianza (1).

Actio de in rem verso

§ 1046. L'utile versione non deve restringersi, come molti scrittori di Dritto Romano fanno, alle obbligazioni contratte dal figlio di famiglia, le quali siano tornate di vantaggio al padre, ma invece deve

(1) La regola della distribuzione per contributo è riprodotta negli art. 1949 Cod. civ.; e art. 651 Cod. proc. civ.

Digitized by Google

prendersene una larga idea, comprensiva di tutti i casi nei quali alcuno abbia avuto un utile per un contratto fatto tra terze persone. L'*actio de in rem verso* è nè più nè meno di una eccezione al principio *alium obligare promissione sua nemo potest*. La quale eccezione trova la sua ragione nel principio che niuno debba arricchirsi a danno altrui, il qual principio è ricordato nei fr. 206, *de regulis juris* 50, 17; fr. 14 *de condictione indebiti* 12, 6; fr. 6, § 2 *de jure dotium* 23, 3: fr. 28 *de dolo malo* 4, 3.

È vero che se alcuno contratti col figlio e il padre ne risenta vantaggio, questi è esposto all'*actio de in rem verso*, come vi era esposto il padrone pei vantaggi che risentiva pei contratti fatti dal servo; ed è vero che quell'azione si estende *quatenus in rem versum est* fr. 1 *de in rem verso* 15, 3; § 4 Inst. *quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur* 4, 7.

Ma è vero del pari che la regola è generale per tutti i casi in cui si trovi un'utile versione presso di alcuno dietro contratti formati fra terze persone. Il Giureconsulto Paolo dice che se un preponente abbia revocato il mandato all'istitore, e ciò non ostante questi faccia qualche altro contratto per lo quale colui venga a risentirne un vantaggio e diventi più ricco, è soggetto all'azione di quello che à contratto coll'istitore, fr. 17, § 4 *de institoria actione* 14, 3.

Papiniano dice che il socio è responsabile dei debiti fatti dall'altro socio, se il danaro è entrato *in comunem arcam*, cioè se vi sia stata un'utile versione, fr. 82, *pro socio* 17, 2.

Gl'Imperatori Diocleziano e Massimiano dicono che se alcuno abbia dato danaro a mutuo ad un servo e il danaro si sia convertito in vantaggio del padrone, questi ne risponde L. 7 Cod. *quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur* 4, 26.

Molti testi del diritto romano parlano dell'obbligo che ha il minore di rispondere del vantaggio che ritrae da contratti di cui è incapace, e così pel deposito, per la compra-vendita, per la gestione dei negozii da lui intrapresa, pel comodato, e pel mutuo. Veggansi fr. 1, § 15, *depositi vel contra* 16, 2; fr. 5 § 1 *de auctoritate tutorum* 26, 7; fr. 3 § 4 *de negotiis gestis* 3, 5; fr. 3 *commodati vel contra* 13, 6; fr. 13 § 1. *de condictione indebiti* 12, 6.

Si può dunque ritenere col Maynz Diritto Romano § 308 pagina 244 volume I, che l'*actio de in rem verso*, la quale era dapprima ristretta al padre di famiglia e a quelli che erano soggetti al suo potere, venne in seguito generalizzata ed applicata per tutti (1).

---

(1) Teoria uniforme, articoli ed argomenti, art. 1148, 1241 capoverso, 1243 1307, 1728, e 1842.

Digitized by Google

PROVE

§ 1647. Per bene intendere la teoria delle prove è d'uopo innanzi tutto conoscere il significato filosofico e giuridico delle parole adoperate frequentemente nelle leggi — *prove*, *certezza*, *probabilità*, *sospetto*, *presunzione*, *verosimiglianza*, *indizii* — ed è anche necessario formarsi nella mente un breve sistema dell'insieme di tali concetti, per potere con facilità ritenerne le idee.

§ 1048. Le prove tendono ad infondere nel giudice la certezza di un fatto che si presenta dubbio, onde la definizione datane dal Cujacio è — *intentionis suae legitima fides* — La certezza consiste sempre nello stato di adesione e di assenso dell'anima nell'affermare o nel negare, e si distingue in assoluta e morale. La certezza assoluta si à quando non esiste possibilità del contrario. La certezza morale si riduce alla credenza assoluta, la quale dipende da'tre fattori della intelligenza, della volontà, e del sentimento. Per sentimento s'intende quel complesso di principii attivi, i quali muovono istintivamente l'attività umana conformemente a'disegni dell'ordine universale. Ne'procedimenti giudiziarii è rara la certezza assoluta e s'incontra d'ordinario la certezza morale, la quale, subiettiva qual'è, va anche chiamata *intimo convincimento* (*animi sententia*), il che indica che il Giudice sente la sua coscienza perfettamente tranquilla pel giudizio che emette. Pescatore, *Logica del diritto*, pag. 161 e seg.— Romagnosi, *Diritto filosofico positivo*, vol. 7 parte 1 nota 2 appresso al § 982 pag. 544 edizione de Giorgi.

§ 1049. La prova richiede un lavorio della mente di chi deve acquistare la certezza, ed un soccorso che va alla mente dal di fuori. Il lavorio della mente o è per via di semplice informazione diretta del fatto, e allora si à la *prova* propriamente detta; o è per induzioni da un fatto noto all'ignoto, e in tal caso si à la *presunzione*. Col lavorio della mente si entra nel campo delle affermazioni o negazioni, il quale consta di tre stati diversi, cioè — 1° di *certezza* per la quale l'anima assente — 2° di *probabilità* per la quale l'anima inclina ad assentire, ma vi trova un qualche dubbio — 3° di *sospetto* per lo quale l'anima è nell'incertezza, ma questa non è assoluta, perchè l'anima sente qualche lontano cenno di assenso. La certezza non à gradi: è, o non è, ma ànno gradi maggiori o minori la probabilità e il sospetto. Tutte le presunzioni si basano sulla *verosimiglianza*, la quale consiste in ciò che suole avvenire, posti alcuni agenti, e poste alcune circostanze.

Digitized by Google

§ 1050. Il soccorso che alla mente va dal di fuori o è diretto con la prova del fatto, e tale soccorso mantiene anche il nome di *prova* ovvero è indiretto e allora si ànno gl' *indizii*, i quali sono le cause delle presunzioni. L'indizio è così chiamato perchè indica la connessione tra il fatto noto e l' ignoto, ed à le sue gradazioni secondo la maggiore o minor forza di tale connessione. Sta nella natura della prova indiziaria che un indizio staccato non dà d' ordinario la certezza, la quale invece si à quando sieno parecchi, e convergano tutti alla dimostrazione, onde la massima. *Singula non prosunt quae simul unita iuvant* — Romagnosi, vedute fondamentali sull' arte logica § 946 e 945 vol. 1 parte 1 ediz. de Giorgi — *Diritto filosofico positivo* vol. 7 parte 1 nota 2 appresso al § 982 pag. 1031, edizione de Giorgi.

§ 1051. Premesse tali idee, conviene ben chiarire in che consiste il diritto, e in che consiste la forma, nella materia probatoria, e vedere qual'è la differenza tra il diritto e la forma in tal materia.

Che la prova abbia l' unico scopo di far fede di un fatto o di un atto giuridico, da cui sorge un diritto, non si può punto dubitare. Il diritto dunque derivante dal fatto o dall' atto giuridico à la sua guarentigia e la sua tutela nella prova, perchè se il fatto non può provarsi, il diritto viene a mancare. Tanta forza che viene ad attribuirsi alla prova, alloga questa senz'altro nella categoria de'diritti. Inoltre la verità è sempre ricca di mezzi per essere scoverta, onde mentre la verità è sempre una sola, le vie che vi conducono sono molte. Codesti mezzi, codeste vie si sono da tutti i legislatori sempre compresi in un sistema bene ordinato per evitare la contrarietà degli umani giudizii sulla certezza o probabilità de' fatti e delle intenzioni, e per provvedere al sicuro esercizio ed alla pubblica tutela degl' interessi, tenendo a calcolo il grado di civiltà, di moralità ec. Or il sistema stabilito dalla legge costituisce un diritto finchè dura la osservanza della legge che lo à imposto, e forma un diritto quesito anche di fronte alla legge posteriore che abbia variato il sistema medesimo.

Le modalità diverse nella estrinsecazione della prova costituiscono la forma, e così l'atto pubblico deve raccogliersi in un determinato modo, la scrittura privata deve farsi in modo diverso, i testimoni debbono essere esaminati in una certa maniera, la perizia deve esser fatta in un altra ec.

Nella prova dunque deve distinguersi il genere, cioè il mezzo di prova, dalle modalità diverse imposte nella estrinsecazione di ciascun genere ossia di ciascun mezzo. E così, se il diritto permette per un atto giuridico la prova per testimoni, la procedura ne designa

Digitized by Google

la forma. Ma il diritto e la forma nella materia probatoria son diversi *toto coelo*, perciocchè — 1° il diritto tiene alla parte intrinseca, e la forma alla estrinseca — 2° il diritto può essere di ragion pubblica o privata, e la forma è sempre di ragion pubblica — 3° il diritto non è retroattivo, e la forma è retroattiva e s'impossessa all'istante. Romagnosi, giurisprudenza teorica § 1741 vol. 3 parte 3, edizione de Giorgi — *Condotta delle acque* § 812, 813 e 814, 1599 e seg. vol. 5 parte 1, di detta edizione.

§ 1052. Chiudiamo queste idee preliminari fissando i principii generali che dominano tutta quanta la teoria delle prove. Essi sono otto 1° *Probandum est factum non ius* fr. 2, *de jnris et facti ignorantia* 22, 6 (1) — 2° *Frustra probatur quod probatum non relevat* (2) — 3° *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat, nisi negativa sit circumstantia quadam circumscripta* (3) fr. 2 *de probationibus* 22, 3; L. 2 e 23 Cod. *de probationibus* 4, 19; L. 14 Cod. *de contrahenda emptione* 4, 38; § 11 Inst. *de inutilibus stipulationibus* 3, 20 — 4° *A probatione immunis est qui vel praesumptionem pro se habet, vel possessionem* L. 11 *Cod. de petitione hereditatis* 3, 31; L. 28 *Cod. de rei vindicatione* 3, 32 (4) — 5° *Probandum est in judicio, post litem contestatam, tempore lege praefinito, nisi probatio fit in futuram memoriam* (5) — 6° *Nihil judici debet esse notum nisi de quo ipsi ex actis satis constet*, fr. 6 § 1 *de officio praesidis* 1, 18; fr. 3 § 2 *de testibus* 22, 5 (6). 7° *Actore probante, reus condemnatur* fr. 6 *de probationibus* 22, 3; L. 4 *Cod. de edendo* 2 1 (7). — 8° *Actore non probante, reus absolvitur* l. Citate (8).

Mezzi probatorii.

§ 1053. La importanza suprema di ricercare una verità di fatto nascosta nel dubbio, e di averne la certezza, consiglia la legge a raccomandarsi a tutti i mezzi che tendono direttamente o indirettamente ad offrirne la prova. Onde la legge cerca direttamente i mezzi allo scritto, alla parola viva di terzi disinteressati e delle stesse parti in causa, a'segni, alla scienza e all'arte, alla vista della

(1) Per diritto odierno, il principio è uniforme, art. 1312 Cod. civ.

(2) Teoria anche uniforme, art. 206 e 229 Codice proc. civ.

(3) Teoria uniforme, art. 1312 Cod. civ.

(4) Teoria uniforme, art. 1352 Cod. civ. E si avverta che il possesso legittimo dà la presunzione di proprietà, art. 685 Cod. civ.

(5) Teoria uniforme, art. 206 e seg., 229 e seg., e 251 Cod. proc. civ.

(6) Teoria uniforme, art. 163 e 206 e seguenti Cod. proc. civ.

(7) Teoria uniforme, art. 1312 Cod. civ., 356 e seg. Cod. proc. civ.

(8) Teoria uniforme, art. 1312 Cod. civ., 356 e seg. Cod. proc. civ.

Digitized by Google

cosa, ed alla logica. Dallo scritto si ànno i mezzi — 1 dell' atto pubblico (*instrumentum pubblicum*) — 2 della scrittura privata (*instrumentum privatum* — 3 delle copie degli atti (*exemplar istrumenti*) — 4 degli atti di ricognizione (*instrumentum referens*). Dalla parola viva di terzi disinteressati, e delle stesse parti in causa, si ànno i mezzi — 5 della prova testimoniale *probatio per testes*) — 6 della confessione delle parti (*confessio*) — 7 del giuramento *jusjurandum*). Da' segni si ànno i mezzi — 8 delle tessere, taglie o tacche di contrassegno (*tesserae frumentariae*), e gli altri segni de' quali si parla nella materia delle servitù, cioè i muri, fossi, canali, ed altre costruzioni esistenti su'confini. Dalla scienza e dall'arte, onde si à il mezzo — 9 della perizia (*peritia*). Dalla vista della stessa cosa, onde il mezzo — 10 della ispezione oculare del Giudice (*ocularis inspectio judicis*). Dalla logica per le deduzioni da un fatto noto all'ignoto, onde il mezzo — 11 delle presunzioni (*praesumptiones*).

§ 1054. Altra divisione più sintetica delle prove è di prova scritta e prova orale. La prova scritta è ciò che risulta dallo scritto, e da' segni o luoghi, dapoichè non solo nello scritto ma anche ne' segni e ne' luoghi si legge in qualche modo. L'atto realmente scritto è poi originale o copia, primordiale o di ricognizione. Onde rientrano nel genere della prova scritta — 1 l' atto pubblico — 2 la scrittura privata — 3 le copie degli atti — 4 gli atti di ricognizione — 5 le taglie di contrassegno — 6 la ispezione oculare del Giudice. La prova orale si à quando la si raccoglie dalla voce viva o di terzi o degl'interessati; per lo che costituiscono prova orale i mezzi — 7 della prova testimoniale — 8 della perizia — 9 della confessione delle parti — 10 del giuramento. Le presunzioni rientrano or nella prova scritta or nella orale, secondochè le conseguenze si deducono dall'uno o dall'altra (1).

La parola *instrumentum* à doppio significato, l' uno esteso che comprende tutti i mezzi di prova, l'altro ristretto alla sola prova scritta (2).

Il sistema romano pe' mezzi probatorii basava sulla libertà nel gnere di prova, meno qualche raro caso eccezionale (3).

(1) Per Codice civile e per Codice di procedura civile, tali sono anche oggi i mezzi di prova, art. 1313 e seguenti Cod. civ., art. 206 e seg. Cod. proc. civ.

(2) Alla parola *instrumentum* in senso lato, oggi risponde la frase *mezzo di prova:* in senso ristretto risponde la frase *prova scritta*.

(3) Il sistema probatorio del Codice civile italiano limita di molto quella libertà — 1. nella prova scritta con la distinzione precisa e rigorosa di prova scritta *sollemnitatis et probationis caussa*, art. 1314 e 1341 Cod. civ., e di ciò si parlerà discorrendo dell'atto pubblico e della scrittura privata — 2. nella prova testimoniale permettendola per le convenzioni, il cui oggetto non eccede le

Digitized by Google

Facciamoci ora ad esporre l'uno appresso l'altro quegli undici mezzi di prova.

I e II.

Atto pubblico (*instrumentum publicum*).
Scrittura privata (*instrumentum privatum*).

§ 1055. L'atto pubblico e la scrittura privata costituiscono la prova scritta per eccellenza, e la definizione della prova scritta è *Instrumenta ad rerum gestarum memoriam fidemque confecta*. È principio generale per la prova scritta — *pro scriptura militat praesumptio veritatis et sollemnitatis* —, il che significa che fino a prova contraria della verità del contenuto nella scrittura, o della osservanza delle forme estrinseche di essa, la scrittura si ritiene come vera e si ànno come osservate le forme in essa contenute. La prova scritta è distinta in *sollemnitatis causssa*, e *probationis caussa:* la prima riguarda la essenza dell' atto, e si à quando l'atto non può avere alcuno effetto e si ritiene come inesistente se non si adopera la forma stabilita dalla legge : la seconda riguarda invece la dimostrazione cioè la prova, e si à quando l'atto per lo quale è imposta la prova scritta, può provarsi altrimenti, come per giuramento, per confessione ec. (1).

§ 1056. L'atto pubblico è quello che si fa o dalla pubblica autorità, o da persona rivestita della qualità di attribuire la pubblica fede alla dichiarazione di volontà de' cittadini, fr. 10 *de probationibus* 22, 3; L. 17 Cod. *de fide instrumentorum* 4, 21 (2). V' ha anche la scrit-

---

L. 500, art. 1344, e di ciò si parlerà nella prova testimoniale — 3. nelle presunzioni del giudice, restringendole a quei soli casi in cui è ammessibile la prova testimoniale, art. 1375 Cod. civ., e di ciò si parlerà nelle presunzioni.

(1) Per Codice civile sono ritenuti gl' identici principii. *Sollemnitatis caussa* è richiesto l'atto pubblico ne'contratti di matrimonio e nelle donazioni, sia per l' interesse sociale che si annette specialmente a' primi, sia per la loro grande importanza, art. 1382 e 1056 Cod. civ. È richiesto pure l' atto pubblico o la scrittura privata pe' testamenti attesa la loro importanza, e per assicurare piena libertà a' testatori, art. 774 e 775; per le transazioni affinchè si abbia una certezza della misura e portata di esse, art. 1314 n. 7; per le ipoteche, per costituzioni, modificazioni o estinzioni de' diritti reali, affinchè si abbiano precise indicazioni e il sistema ipotecario funzioni bene, art. 1314 n. 1, 2 e 3, art. 1978; per le rendite perpetue o vitalizie affinché si abbia la certezza ne'patti e nelle condizioni, e si possa, quando è il caso, prendere ipoteca, art. 1314 n. 6 e 1782 Cod. civ.; per le locazioni d'immobili eccedenti i nove anni e per le società che eccedano tal tempo o quando la durata è indeterminata, e che abbiano per oggetto il godimento di beni immobili, affinchè funzioni bene il sistema della trascrizione, art. 1314 n. 4 e 5 e art. 1932, n. 5 e 6 Cod. civ. *Probationis caussa* è richiesta la prova scritta per le altre convenzioni sopra un oggetto il cui valore eccede le lire 500, art. 1341 Cod. civ.

(2) Per Codice civile la teoria è uniforme, art. 1315.

Digitized by Google

tura quasi pubblica che ne' suoi effetti è eguagliata alla pubblica, cioè quando è firmata da tre testimoni degni di fede. L. 11. Cod. *qui potiores in pignore* 8, 18 (1). L'atto pubblico fa piena fede, purchè non sia provata la falsità dell' atto specialmente nella parte relativa alla sostanza del negozio. Veggasi Perezio al titolo del Codice *de fide instrumentorum* § 14 con le leggi ch' egli ricorda (2).

§ 1057. La scrittura privata è quella che si fa da' privati, senza intervento della pubblica autorità o dell'uffiziale autorizzato ad attribuire la pubblica fede all'atto, fr. 34 *mandati* 17, 1; fr. 24 *de constituta pecunia* 13, 5; fr. 34 § 1, *de pignoribus et hypothecis* (3). Essa è obbligatoria (*chirographum*) o liberatoria (*apocha*). Per la scrittura privata vi sono tre principii: 1. Non ha alcun valore se non è stata riconosciuta da quello contro cui si produce, o se non si ha per riconosciuta fr. 26 § ult. *depositi* 16, 3; fr. 24 e 26 *de pecunia constituta* 13, 5; novella 18 Capo 8. La ricognizione espressa, tacita o giudiziale: è espressa quando espressamente si riconosce in giudizio o le firme sono autenticate dall'uffiziale pubblico che ha la qualità di attribuire la pubblica fede agli atti: è tacita, quando la parte contro cui si produce non nega: è giudiziale quando se ne fa la verificazione (4). Per verificar giudizialmente una scrittura privata, i mezzi sono l'esame dei testimoni che videro firmare, o conoscano il carattere della persona che ha scritto o firmato, e la perizia (5). 2. La scrittura privata quando è stata riconosciuta, o quando si ha per riconosciuta, ha la forza dell' atto pubblico fra quelli che l'hanno firmata, e fra i loro eredi ed aventi causa (6). 3. La scrittura privata prova contro chi l'ha scritta e non a suo favore, purchè non sia stata prodotta dall'avversario. L. 5, 6 e 7 Cod. *de probationibus* 4, 16; l. 17 Cod. *de testibus* 4, 20. Ciò significa che a nessuno può giovare una scrittura fatta da se stesso, ma se tale scrittura si presentasse in giudizio dall' avversario, essa gioverebbe a chi l'ha scritta (7).

Per la scrittura privata vi son casi diversi sulla espressione della somma ripetuta in modo differente, sulla certezza della data e sulla perdita dell' atto. 1. Se vi è differenza d' indicazione di somma in una stessa scrittura, si ritiene la somma minore fr. 14, fr. 39 § 6

(1) Il Codice civile non riconosce scrittura quasi pubblica.

(2) Per Codice civile l'atto pubblico fa piena fede della convenzione e de' fatti seguiti alla presenza del pubblico uffiziale fino alla iscrizione in falso, art. 1317.

(3) Per Codice civile la teoria è uniforme, art. 1315 e 1320.

(4) La teoria è uniforme per diritto civile moderno, art. 1321, 1322, 1323 Cod. civ., art. 282 e 283 Codice proc. civ.

(5) Teoria uniforme, art. 284 e seguenti Cod. proc. civ.

(6) Teoria uniforme, art. ed argom., art. 1317 e 1320 Cod. civ.

(7) Teoria uniforme, argom. a contrario dall'art. 1320 Cod. civ.

Digitized by Google

de legatis 30, 1, fr. 83 § 3 e fr. 109 *de verborum obligationibus* 45, 1, fr. 9 34 e 200 *de regulis juris* 50 17 (1). 2. La data della scrittura privata si computa pe' terzi dal giorno che essa indica, fr. 20, *qui potiores in pignore* 8, 18 (2). 3. La perdita della scrittura non nuoce al creditore quando altrimenti possa constare dell'atto L. 5, 7, 8, 10 *de fide instrumentorum* 4, 21; fr. 4; *eodem* 22, 4 fr. 4; *de pignoribus et hypothecis* 20, 1 (3).

Sempre a proposito delle scritture private è da avvertire che ve ne sono delle valide benchè non firmate. Ciò si ha pe' libri de'mercanti, per le carte domestiche, e per le annotazioni su' titoli. 1. Il diritto germanico fissò il principio che i libri de'mercanti fanno prova contro di essi, senza che se ne possa scindere il contenuto, e possono offrir la semiprova a loro vantaggio, quando essi sieno di buona fama e i libri sieno in regola. Veggasi Voet *ad Pandectas* Tit. *de fide instrumentorum* § 12; Einnecio *ad Pandectas* allo stesso Titolo parte 4 § 134. La ragione è che chi contratta col mercante, tacitamente assente a che questi prenda nota ne' suoi registri, essendo indispensabile al mercante di prender nota, attesa la moltiplicità e varietà dei suoi negozii giornalieri. La ragione poi, per la quale non si può scindere ciò che è scritto nel registro, è che se mai potesse accettarsene una parte e rifiutarsene un'altra, si perderebbe l'insieme che ispira la fede e rende la prova piena o semipiena che sia (4). 2. Le carte domestiche, come i registri in cui i padri di famiglia riportano il movimento della loro azienda, ed altri scritti somiglianti, fanno fede soltanto contro chi vi ha scritto, ma non danno a favor di costui la semiprova, e soltanto non se ne può scindere il contenuto L. 7 Cod. *de probationibus* 4, 19. La ragione è che il padre di famiglia non può essere equiparato al mercante, ma l'insieme di ciò che è scritto deve mantenersi intero, poichè la fede è ispirata da tutto ciò che è scritto, e non da una parte staccata (5). 3. Se il creditore pone nel titolo creditorio qualche annotazione indicante liberazione totale

---

(1) Per Codice civile la teoria è uniforme, e di più vi si dispone che nelle obbligazioni unilaterali per pagamento di danaro o per dazione di cosa valutata in quantità, la scrittura dev'essere tutta di carattere dell'obbligato, o almeno vi deve essere in fine il *buono ed approvato* indicante in lettere per disteso la somma o la quantità, altrimenti si ha solo un principio di prova scritta, articoli 1325 e 1326 Cod. civ.

(2) Per Codice civile si computa pe' terzi dal giorno in cui un avvenimento ne assicuri la certezza, come il registro, la morte di alcuno di coloro che hanno sottoscritto ec., art. 1327 Cod. civ.

(3) Teoria uniforme, art. 1348 e 1336 Cod. civ.

(4) Per Codice civile si ha una teoria uniforme, art. 1328 e 1329.

(5) Teoria uniforme, art. 1330.

Digitized by Google

o parziale del debitore, essa fa prova contro il creditore, perciocchè non se ne può dubitare, e d'altronde cosi suol farsi fr. 26 § ult. *depositi* 16, 3; fr. 24 e 26 *de pecunia constituta* 13, 5; L. pen. Cod. *qui potiores in pignore* 8, 18 (1).

§ 1058. Vi son poi due regole comuni tanto all'atto pubblico quanto alla scrittura privata. La prima è per le controscritture: la controscrittura è una scrittura segreta, la quale viene a contradire a ciò che si è scritto in altro atto pubblico o privato, e la regola è che ha forza soltanto contro i contraenti e loro successori a titolo universale, e non contro altri, perchè questi non debbono correre il pericolo di essere ingannati arg. fr. 63 *de re judicata* 42, 1; fr. 3 *de transactionibus* 2, 15; fr. ult. *de interrogationibus in jure faciendis* 11, 1 (2). La seconda è per le parole enunciative: queste possono essere dirette o indirette relativamente alla convenzione stipulata. Sarebbe, ad esempio, diretta la dichiarazione di debito di una somma dovuta da più anni, aggiungendosi che se *ne sono pagati gli interessi*. Sarebbe indiretta la promessa di pagamento di un debito in un determinato giorno, *quando scade ancora un debito diverso*. Or fa pruova la sola enunciativa diretta arg. fr. ult. *de probationibus* 22, 3; fr. 88 § 10 *de legatis* 31, 2; fr. 26 § 2 *depositi* 16, 3; L. 14 Cod. *de contrahenda et committenda stipulatione* 8, 38; Novella 119 Cap. 3. (3).

III.

Copia di atti (*exemplar instrumentis*).

§ 1059. Le copie di atti fannò fede quando siensi fatte d'ordine del magistrato, e dietro citazione della parte avversa a quella che l'ha richiesta, e mantengono la loro fede anche in mancanza dell'originale, se non sieno sospette per rasure e per altre ragioni somiglianti fr. 2 *de fide instrumentorum* 22, 4; fr. 2 § 7 *de bonorum possessione secundum tabulas* 37, 11; fr. ult. *testamenta quemadmodum aperiantur* 29, 3; L. 2 Cod. *de testamentis* 6, 23. (4).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1331.

(2) Teoria uniforme, art. 1311.

(3) Per Codice civile fa pruova la enunciativa diretta, e la enunciativa indiretta dà un principio di prova, art. 1319.

(4) Per diritto civile moderno, le copie si distinguono in semplici, autentiche ed esecutive, secondochè non vi sia firma di funzionario che ne assicuri l'autenticità, ovvero l'autenticità risulti dalla firma e dalla dichiarazione del funzionario autorizzato ad attribuire la pubblica fede, ovvero siavi anche la formola stabilita dal Codice di procedura civile per poter dare esecuzione all'atto. Or fanno fede soltanto le autentiche e le esecutive, e v'è diritto a collazionarle

Digitized by Google

IV.

Atto di ricognizione (*instrumentum referens*).

§ 1060. Per diritto consuetudinario, più che per diritto romano, valeva la regola — *referens sine relato non probat* — e ciò significa che l'atto di ricognizione non vale se non vi si trovi specificatamente riportato il titolo primordiale. Avea quel principio la massima forza per l'investitura de' feudi tra signori e vassalli. La ragione che se ne adduceva era che, non riportandosi il titolo primordiale nell'atto di ricognizione, non v'era la prova di essersi fatto attento esame del diritto. E tutto ciò all'appoggio del fr. ult. *de probationibus* 22, 3; della L. 14 Cod. *de contrahenda et committenda stipulatione* 8, 38; e della Novella 119 Cap. 3. (1).

V.

Prova testimoniale (*Probatio per testes*).

§ 1061. La prova testimoniale è ammessa per qualunque fatto od atto obbligatorio, ma non ha valore la dichiarazione di un sol testimone, onde la massima — *testis unius, testis nullius* L. 9 § 1 Cod. *de testibus* 4, 20; fr. 12 *eodem* 22, 5. — Al principio generale di potersi sempre ammettere la prova testimoniale, si fa eccezione pel caso in cui si voglia provare contro il contenuto in atti scritti, onde la massima — *contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur* — *Paulli sententiae* § 4 tit. 15 Lib. 5 — Voet *ad pandectas* Tit. *de testibus*, n. 1, perchè lo scritto fatto per aver memoria di un atto, merita maggior confidenza delle ricordanze spesso confuse dei testimoni (2).

---

con l'originale. Non v'è bisogno dell'opera del magistrato e della citazione all'altra parte se non — 1. nelle contestazioni per collazionare la copia con l'originale — 2. quando si tratti di avere una copia da altra copia — 3. quando si voglia una seconda copia in forma esecutiva, art. 1333 a 1339 Cod. civ. e art. 557, 913 e seg. Cod. proc. civ.

(1) Per Codice civile quel principio non è stato ritenuto. Oggi l'atto di ricognizione fa fede, purchè il debitore o suoi eredi ed aventi causa con l'esibizione del documento primitivo non dimostrino che vi sia stato errore o eccesso nella ricognizione. La ragione è che quando alcuno si dichiari obbligato in un atto, sia pure in un atto di ricognizione di obbligazione precedente, l'atto fa pruova, perchè si ha sempre una dichiarazione di debito, ed è salva la dimostrazione dell'errore e dell'eccesso con la esibizione del titolo primordiale, art. 1340.

(2) Per Codice civile il sistema è diverso.

Vi sono oggi per la prova testimoniale due regole e tre eccezioni.

La prima regola è che non si ammette prova testimoniale per le convenzioni

Digitized by Google

§ 1062. La definizione che si dà del testimone è — *persona fide digna, cujus testimonio ad probandum factum, fidemque judici faciendam, utimur*. Le molte disposizioni dettate a proposito de'testimoni prendono capo a sei principii. 1. Il testimone deve essere degno di fede; il qual principio mena a conseguenze diverse pe' testimoni che fossero genitori, figli, coniuge, affini, amici, nemici di una delle parti in causa, ovvero fossero interessati nella causa, ovvero fossero fanciulli o condannati per un reato fr. 3 pr. e § 5; fr. 5; fr. 6; fr. 9; fr. 10; fr. 13; fr. 14; fr. 15; fr. 71; fr. 18, fr. 19 § 1; fr. 20; fr. 21, fr. 24 *de testibus* 22, 5; L. 6; L. 10; L. 17 Cod. *de testibus* 4, 20. (1). 2. Niuno può ricusarsi a deporre ed a giurare in giudizio; il qual principio mena a conseguenze diverse per chi non vuole o non deve giurare o deporre, ed a conseguenze pel modo con cui il testimone dev'essere esaminato fr. 3 pr. e § 1 e § 3; fr. 4; fr. 21. § ult. *de te-*

---

obbligatorie o liberatorie, il cui oggetto eccede le lire 500, la quale limitazione si estende anche al tempo in cui il diritto viene esercitato, cosicchè se, al tempo della domanda, il capitale e gl' interessi eccedano le lire 500, è necessaria la prova scritta, e a tal modo per altri casi stabiliti dalla legge, art. 1341, 1342, 1343, 1344, 1345 Cod. civ. Le ragioni di questa prima regola sono — 1. che la prova testimoniale è pericolosa per le falsità e perchè la memoria è labile — 2. che la limitazione fino a lire 500 è mezzo acconcio ad evitare le liti per riguardo alle espressioni dubbie de' contraenti ed alla complicazione dell'oggetto della convenzione — 3. che la istruzione pubblica va generalizzandosi.

La seconda regola è costituita dalla eccezione del diritto romano, compresa nella massima — *contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur*, art. 1341 Cod. civile. Tostochè la libertà delle prove ha con quella prima regola ricevuto così grave limitazione, al segno che la prova testimoniale è ristretta soltanto fino alle lire 500, è mancata a quel precetto la veste di eccezione, ed ha preso l'aspetto di regola.

Le eccezioni poi a tali due regole sono tre, cioè — 1. quando la parte non ha potuto premunirsi di prova scritta, come accade ne'delitti, quasi delitti, nei depositi necessarii ec., art. 1348 — 2. quando la prova venne a mancare senza colpa della parte, art. 1348 — 3. quando vi è un principio di prova scritta, il quale si ha da qualunque scritto che provvenga dall' avversario e che renda verosimile il fatto allegato, art. 1347: *provvenga*, senza che sia necessario che lo scritto sia di carattere dell'avversario, e così una perizia, un inventario ec.: *verosimile*, cioè che lo scritto esibito dia apparenza di vero al fatto allegato — *verosimile est quod plerumque fieri solet*.

È oggi pur mancato il principio — *testis unius, testis nullius* — ed è proclamata la libertà dell'intimo convincimento del giudice. La ragione della differenza dal diritto romano è doppia — 1. perchè per l'ampia libertà data in diritto romano alla prova testimoniale, si cercò un freno richiedendo almeno due testimoni, mentre il freno oggi è dato alla libertà delle prove — 2. perchè la libertà di convincimento risponde più alla logica potendo bene accadere che per un fatto siavi un sol testimone, e si fa maggiormente a fidanza con la fiducia che la Magistratura deve ispirare.

(1) Principio uniforme, art. 236 e 237 Cod. proc. civ.

Digitized by Google

stibus 22, 5; L. 3 § 4, L. 9 pr. L. 11; L. 16; L. 18; L. pen. Cod. *de testibus* 4, 20 (1). 3. I testimoni debbono dichiarare la causa della scienza, cioè ciò che han veduto, e ciò che han sentito fr. 4 *de testibus* 22, 5 (2). 4. Se i testimoni si contradicano si ha come non provato il fatto Struw. Exer. 28 (3). 5. Nel dubbio si deve favorire piuttosto il reo che l'attore fr. 125 e 128 *de regulis juris* 50, 17; fr. 38 *de re judicata* 42, 1; fr. 47 *de obligationibus et actionibus* 44, 7. (4). 6. Sempre v'è diritto alla riprova. Veggasi Voet *ad Pandectas* Tit. *de probationibus* n. 9 e le molte autorità ch'egli ricorda (5).

VI.

Confessione delle parti

§ 1063. La confessione si definisce — *adfirmatio facti contra se:* tale definizione riesce chiara tostochè si pensi che la confessione si riduce all'ammettere un fatto obbligatorio, onde chi confessa, sempre afferma — che la confessione versa sempre sopra un fatto, e ciò è in consonanza del principio sopra cui si aggira la teoria probatoria la quale tende alla dimostrazione de' fatti dubbii — e che si può confessare il fatto proprio, e non l' altrui.

La confessione si divide in espressa e tacita, giudiziale e stragiudiziale.

La espressa si ha quando la parte abbia parlato — la tacita quando ha taciuto di seguito a legale invito dell' altra parte.

La giudiziale è quella che si fa innanzi al Magistrato competente, ovvero quella che si fa anche innanzi a Magistrato incompetente, quante volte chi confessa sappia della incompetenza, perchè si ritiene abbia egli voluto prorogarne la giurisdizione. Ma se chi confessa non sappia della incompetenza del Magistrato, o si tratti di casi ne' quali la giurisdizione non può esser prorogata, la confessione ha la forza di stragiudiziale. Veggansi Voet e Perezio al Titolo *de confessis*, e le leggi ed autorità che essi citano (6).

(1) Principio uniforme, art. 239 Cod. proc. civ., e art. 208 e 243 detto Codice.

(2) Principio uniforme di logica più che di diritto.

(3) È principio appoggiato all' art. 1321 Cod. civ. ma che si risolve in una norma direttiva pel convincimento del giudice.

(4) Principio uniforme, art. 1137 Cod. civ.

(5) Principio uniforme, art. 229 capov. Cod. proc. civ.

(6) Il sistema romano era perfettamente logico, ma di fronte all'art. 1356 Cod. civ. la confessione ha sempre la forza di prorogare la giurisdizione, limitatamente agli effetti della forza giudiziale della confessione medesima. Si è voluto tagliar corto, e toglier tante distinzioni.

Digitized by Google

La confessione stragiudiziale è quella che si fa fuori di giudizio. Vedutesi così la definizione e le divisioni della confessione conviene indagare i principii comuni alla confessione giudiziale e stragiudiziale, e i principii speciali all' una ed all' altra.

Principii comuni alla confessione giudiziale e stragiudiziale

§ 1064. Sono quattro:

1. La confessione dev' esser fatta seriamente, e con l' intento di dispensare l'avversario dalla prova, onde non può ritenersi per tale una parola uscita in un momento di collera, e molto meno una confessione strappata per timore, ovvero erronea fr. 29 § 1 *de probationibus* 22, 3; fr. 48 *de regulis juris* 50, 17; fr. 3 *de divortiis et repudiis* 24, 2; fr. 2, *de confessis* 42, 2.

Ma per riguardo all' errore bisogna distinguere l' errore di fatto dall' errore di diritto.

Se si tratti di errore di fatto, la confessione può essere rivocata, perchè *non videntur qui errant consentire* fr. 116, *de regulis juris* 50, 17; fr. 2 *de confessis* 42, 2, ma chi dice di aver confessato per un errore somigliante deve provarlo (1).

Se invece si tratti di errore di diritto, non è ammessa la rivocazione, almeno per quelli cui non era lecito per Diritto Romano ignorare il diritto, perchè d' ordinario se alcuno non si avvale di un diritto che gli provviene dalla legge, lo fa per un principio di morale, di dignità personale, o di altri delicati riguardi.

Così non potrebbe chi non ha eccepito la prescrizione affacciare un errore di diritto, nè lo potrebbe far valere quegli che non ha eccepito qualche nullità, come ad esempio pel testamento del padre ec., fr. 20 *de donationibus* 39, 5 (2).

2. La confessione è indivisibile quando racchiuda un fatto così connesso che contenga un atto a dir così continuo, non già quando contenga circostanze che si riferiscano a tempi diversi, ovvero l'atto si distingua in più capi.

Così, se uno confessa di esser debitore, ma sotto condizione, sarebbe iniquo se il creditore potesse accettare la prima, e rifiutare la seconda parte fr. 2; fr. 5 pr. e § 1 *de legatis* 30, 2 —Voet ad Pandectas tit. *de confessis* n. 5. Che se invece dica di esser debitore, ma di essere stato quindi il debito assoggettato a condizione, può bene il creditore accettar la prima, e rifiutar la seconda parte

(1) Teoria uniforme art. 1360 Cod Civ.

(2) Il Codice Civile è uniforme art. 1360, senza che però il Codice riconosca alcuno cui sia lecito ignorare il diritto, art. 1109.

Digitized by Google

L. 9 Cod. *de exceptionibus*, 8, 36; fr. 26 § ult. *depositi*, 16, 3. Molto più può il creditore accettare una parte e rifiutar l'altra della stessa confessione se questa contenga più capi, perchè le sentenze, cui le confessioni hanno una certa somiglianza, si possono accettare per un capo e rifiutar per l' altro — Voet ad Pandectas tit. *de confessis* n. 5 (1).

3. La confessione non ha alcun effetto se si tratti di cosa ripugnante al diritto fr. 14 § 1, *de interrogationibus in jure faciendis* 11, 1. Così, a nulla vale la confessione di un fatto o atto giuridico sopra cui non si può transigere (2).

4. La confessione non può esser fatta che da persone capaci di obbligarsi, onde non varrebbe la confessione de' tutori e amministratori se non ne' limiti ne' quali essi possono obbligare gli amministrati. Veggasi Voet al n. 4 tit. *de confessis* e si consultino le Leggi che egli cita (3).

Principii proprii della confessione giudiziale

§ 1065. La confessione giudiziale o si fa spontaneamente dalla parte che si presenta in giudizio, o da un suo procuratore speciale o ovvero dietro interrogatorio deferitogli dall' avversario.

---

(1) Il Codice civile dice nell' art. 1360 che la confessione non può essere divisa in danno di chi l' ha fatta.

Gli scrittori italiani e francesi distinguono la confessione in semplice, qualificata e complessa. Semplice, quando si riconosce puramente e semplicemente il fatto. Qualificata quando si riconosce il fatto, ma si dichiara che la natura giuridica di esso ha subito modificazioni. Complessa, quando si riconosce il fatto allegato, ma si adduce un altro fatto da cui risulterebbe una eccezione.

Or niun dubbio può sorgere quando la confessione è semplice. Se è qualificata non può chi intende valersene, accettare la parte favorevole e rifiutare quella contraria, e la confessione resta indivisibile, come ad esempio se chi è citato per un debito, dica di averlo contratto per un vitalizio di cui si dichiara obbligato. Se è complessa, di regola la confessione è divisibile, perchè si tratta di fatto diverso, come sarebbe una compensazione, ma la confessione complessa si rende indivisibile se la dichiarazione è colligata direttamente col fatto principale, come se uno confessa il debito, ma dice di aver pagato, e così per altri casi diversi.

Per altro il principio della indivisibilità della confessione non impedisce a colui che vuole valersene di combatterne le dichiarazioni accessorie con una prova in contrario, sempre però stando a' mezzi probatorii stabiliti dalla legge.

(2) La teoria è uniforme benchè il Codice civile non ne parli in alcun articolo, e la ragione è che non si può ammetter la prova quando è frustranea, e anche fatta si rigetta dagli atti.

(3) Teoria uniforme art. 1361.

Digitized by Google

Nulla è a dire sulla confessione spontanea, nè su quella fatta da un procuratore speciale, per lo quale valgono le regole spiegate nel mandato.

Ma per la confessione dietro interrogatorio deferito dall' avversario, è da avvertire che a' tempi della procedura formolaria, quando distinguevasi il *jus* e il *judicium*, poteva l' una parte e soltanto *in jure*, cioè innanzi al giudice del diritto, interrogar l'altra parte intorno alla qualità ereditaria e al possesso de' beni, e ciò nel fine di non moltiplicare le prove sovente difficili intorno a tali argomenti. Poscia, e specialmente dopo che cadde in desuetudine la procedura formularia, e sopraggiunse la straordinaria, che formò la regola dei giudizii, fu permesso che l' una parte potesse interrogar l' altra sopra i diversi punti anche di merito intrinseco della causa, e l' interrogatorio era diretto a strappare una confessione all' avversario.

La facoltà venne ammessa per viste di equità, ma sempre dietro ordine del magistrato.

Per lo che, chi non si presentava a rispondere in giudizio sopra i punti dedotti, si avea come confesso. La era una confessione tacita. Veggasi Voet al tit. *de interrogationibus in jure faciendis* (1).

Quante volte poi confessava, si avea per condannato senza bisogno di sentenza a' tempi della procedura formolaria, perciocchè la confessione si facea innanzi a' giudici del diritto — Abolita la procedura formolaria e sopraggiunta la straordinaria, la confessione facea piena prova contro colui che l' avea fatta. Voet al tit. *de confessis* (2).

Principii proprii della confessione stragiudiziale

§ 1066. La confessione stragiudiziale non avea lo stesso valore della giudiziale, perchè non ritenevasi come un giudicato, ma soltanto ne nasceva una presunzione grave o leggiera secondo le circostanze. Veggasi Voet al Titolo *de confessis* (3).

---

(1) Per diritto vigente quando la parte non comparisca, o ricusi di rispondere, si hanno come ammessi i fatti dedotti, salvo che giustifichi un impedimento legittimo, art. 218 capoverso Cod. proc. civile.

(2) Oggi i giudizii sono come gli straordinarii di Diritto Romano, e perciò la confessione fa piena prova, art. 1356.

(3) Il Cod. Civ. distingue la confessione stragiudiziale fatta alla parte avversa, da quella fatta a persone terze, quella fatta alla parte avversa fa piena prova come la giudiziale — quella fatta a persone terze: può secondo le circostanze, somministrare un semplice indizio art. 1358

Però la confessione giudiaziale non può provarsi se non ne' modi stabiliti dalla legge, e con la pruova scritta quando essa così richiede, art. 1359.

Digitized by Google

VII.

Giuramento (*Jusjurandum*).

§ 1067. La definizione del giuramento è *religiosa veritatis affirmatio*. Il giuramento è un atto civile e religioso per lo quale si chiama Dio in testimonio della verità di quanto si dice. Esso, specialmente negli ultimi tempi, ha dato luogo a serie contestazioni se debba o no ammettersi nei Codici come mezzo di prova, perciocchè si è detto da una parte che nei Codici sta male adatto un istituto che risente di sacro e di profano, che le Leggi civili non debbono penetrare fino alle coscienze dei cittadini e coercirle con un appello alla Divinità, e che chi domanda dev' essere respinto se non dà la prova con uno dei tanti mezzi che la legge offre, essendo alla fin fine sua la colpa se non se ne sia fornito. D'altro canto si è risposto che se si togliesse dal sistema probatorio il giuramento, lo si dovrebbe anche togliere pei testimoni, il che non è possibile se vuol conoscersi la verità nei giudizii sia penali che civili, perchè il giuramento conserva nella società una grande importanza: che la opinione pubblica colpisce d'infamia chi giura il falso non chi si limita soltanto ad allegarlo; che le leggi non possono privarsi di un mezzo che si presènta così grave e potente nelle oscurità in cui sovente il vero è involto; e che alla fin fine è sempre buona legge quella che risponde alle costumanze, alla opinione e al grado di civiltà di un popolo (1).

§ 1068. Il giuramento si distingue in assertorio, promissorio, giudiziale ed estragiudiziale, secondochè si asserisce qualche cosa come fanno i testimoni, se ne promette qualche altra come fanno d'ordinario i curatori, si dichiara da una parte in causa, la verità o meno di un determinato punto controverso, ovvero si giuri per altra ragione qualunque come fa il funzionario pubblico che entri nell'esercizio delle sue funzioni (2).

§ 1069. Il genere di prova, di cui qui si parla si riferisce soltanto al giuramento giudiziale , il quale è di cinque specie, cioè 1° decisorio 2° di notizia 3° suppletivo 4° purgativo 5° estimativo — Esaminiamole partitamente.

§ 1070. Il giuramento decisorio (*jusjurandum delatum*) è quello che l' una parte deferisce all' altra per farne dipendere la decisione della

(1) Il Legislatore italiano ha ritenuto il giuramento, ma ha tolto le esteriorità e modalità estrinseche di culti e riti religiosi, facendo adoperare la sola parola *giuro*, la quale si presta sia pe'credenti, i quali sanno che con tal parola chiamano Dio in testimonio, sia per quelli che tengono soltanto al loro onore e che temono unicamente la voce della propria coscienza. Legge del 30 Giugno 1876 che riformò l'art. 226 Cod. proc. civ.

(2) Teoria uniforme, art. 242, 897, 226 Cod. proc. civ. e art. 1362 Cod. civ.

Digitized by Google

causa (1). Involge una rinuncia sotto condizione che l'avversario giuri, ed ha la forza della transazione, fr. 2 *de jurejurando* 12. 2 (2).

Quegli a cui è stato deferito il giuramento può riferirlo all' altra parte, se il fatto è comune anche a questa, e la ragione è che niuno può ritenere come iniqua per se quella condizione che reputò equa per altrui fr. 34 § 8 , e fr. 38 *eodem* (3). Chi si ricusa di prestare o riferire il giuramento, o chi si ricusa a prestarlo quando gli è stato riferito, perde la lite fr. 34, § ult. e 38 *eodem* (4).

Si può far luogo al giuramento decisorio sotto tre condizioni 1° che l' oggetto della lite sia alienabile fr. 34 pr. *eodem*; 2° che il giudizio verta tra persone che abbiano la facoltà di disporre fr. 17 § 1 e fr. 18 *eodem*; 3° che versi sopra un fatto, e questo sia decidente della controversia, lecito, e personale a colui che deve prestarlo, fr. 34, § 8 *eodem*; Paulli sent. 11, 1; L. 5. Cod. *de Legibus* 1, 3 (5).

§ 1071. Dal punto che il giuramento ha la forza di transazione, segue che si può deferire in qualunque stato e grado della causa, ed anche quando si fossero date le prove, o queste mancassero del tutto L. 12. Cod. *de rebus creditis et jurejurando* 4, 1; fr. 11 § 3 *de jurejurando* 12, 1 (6). E segue del pari che se il giuramento si presti sotto altra forma o condizione, diversa da quella in cui venne deferito, *pro nihilo habetur* fr. 3 § ult.; fr. 4; fr. 5 pr. e § 1 *de jurejurando* 12 2 (7).

Intanto il giuramento può essere rimesso da colui che lo à riferito, cioè chi deferisce o riferisce il giuramento, può dispensare l'avversario dal prestarlo, e in tal caso il giuramento si à come prestato fr. 5 § ult. e fr. 9 *de jurejurando* 12, 2 (8).

Può anche chi deferisce o riferisce il giuramento rivocarlo, ma fra gl'interpetri si disputava se tale facoltà durasse finchè non si fosse accettato, ovvero si estendesse anche al tempo posteriore all' accettazione, e fino alla prestazione. Veggasi Voet *ad Pandectas* Tit. *de urejurando* n. 16 (9).

---

(1) Teoria uniforme, art. 1363 Cod. civ.

(2) Teoria uniforme, art. 1370.

(3) Teoria uniforme, art. 1369 Cod. civ.

(4) Teoria uniforme, art. 1367 Cod. civ.

(5) Teoria uniforme art. 1364, 1365 e 1366. Ma il Codice dice che il fatto non dev'essere delittuoso, e vieta il giuramento sopra una convenzione per la cui validità la legge esige un atto scritto, come del pari vieta il giuramento quando si tratta d' impugnare un fatto che un atto pubblico attesti seguito nell' atto stesso avanti l'uffiziale pubblico che l'ha ricevuto, art. 1365.

(6) Teoria uniforme, art. 1366.

(7) Arg. art. 1363, 1364, 1372: art. 220, 222 e 226 Cod. prov. civ.

(8) Teoria uniforme art. 1371.

(9) Per Codice civile la parte che ha deferito il giuramento, può rivocarlo fino

Digitized by Google

§ 1072. Gli effetti della prestazione del giuramento, il quale implica sempre una transazione sono quelli stessi della cosa giudicata. *Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet*, fr. 1 *quarum rerum actio non datur* 44. 5.

Di che segue:

1. Che quella parte contro cui si è prestato non può più distruggerne la efficacia mostrandosi pronta alla dimostrazione della falsità di quanto si è asserito dall'avversario. Inst. § 11 *de actionibus* 4, 6; fr. 31 de *jurejurando* 12, 2; fr. 21 e 22 *de dolo malo* 4, 3; fr. 56, *de re judicata* 42, 1 (2).

2. Che produce effetto soltanto tra le parti e loro eredi, e soltanto per la cosa per cui è stato deferito, fr. 27 § 4 *de pactis* 2, 14; fr. 3 § 3 *de jurejurando* 12, 2; L. 7 Cod. *de rebus creditis et jurejurando* 4 1 (3).

3. Che il giuramento prestato dal debitore giova al fidejussore fr. 28 § 1 e fr. ult. § ult. *de jurejurando* 12, 2; e viceversa il giuramento prestato dal fidejussore giova al debitore principale, fr. 28 § 1 *eodem*. La ragione è che, liberato il debitore principale, non può più esistere l'obbligazione, e liberato il fidejussore *in rem*, cioè relativamente alla esistenza del debito, manca al creditore ogni diritto al credito, che ha transatto (4).

4. Che deferito il giuramento ad uno de'debitori in solido, giova anche all'altro condebitore, fr. 28 § 3 *de jurejurando* 12, 2, per la ragione che il giuramento, che implica sempre una transazione, tiene luogo di pagamento, fr. 27 e 28 § 1 *eodem* (5).

E il giuramento deferito al debitore da uno dei creditori in solido nuoce anche all'altro creditore, fr. 28 pr. *de jurejurando*, 12, 2, perchè i Romani ritenevano che il giuramento tenesse il luogo di un giudizio, fr. 26 § ult., e fr. 35 § 1 *eodem*. Veggasi Voet *ad Pandectas* al titolo *de jurejurando* n. 21 (6).

---

a che la parte contraria non abbia dichiarato di accettarlo o di riferirlo, o sino a che non sia intervenuta sentenza irrevocabile sull'ammissione del medesimo. Può rivocarlo anche dopo la sentenza, e dopo che la parte contraria abbia dichiarato di essere pronta a prestarlo, se nella sentenza fu variata la formola proposta, salvo che abbia con qualche atto posteriore alla sentenza, fatta acquiescenza alla formola variata. La parte che ha riferito il giuramento, non può rivocarlo, se l'altra parte ha dichiarato di essere pronta a giurare, art. 1372.

(2) Teoria uniforme, art. 1370.

(3) Teoria uniforme, art. 1373.

(4) Teoria uniforme, art. 1373.

(5) Teoria uniforme, art. 1373.

(6) Per Codice civile il giuramento deferito da uno dei creditori in solido al debitore, non lo libera che per la porzione dovuta a quel creditore. La ragione è che i creditori solidarii possono domandare l'adempimento della convenzione,

Digitized by Google

§ 1073. Il giuramento di notizia (*jusjurandum credulitatis*) è quello che si deferisce per la semplice notizia di un fatto, come ad esempio il giuramento deferito al figlio del creditore defunto, affinchè dichiari se sappia che il padre fu pagato. Le ragioni che han consigliato questo giuramento sono che la notizia è sempre personale, ed ordinariamente tale giuramento si deferisce a' componenti di famiglia nella quale i fatti sono noti a tutti, e d' altronde, la morte di un contraente non deve render deteriore la condizione dell' altro contraente. Questa specie di giuramento invalse per l' uso nel foro. Pothier *Obbligaz.* parte 4, art. 1 § 1. (1).

§ 1074. Il giuramento suppletivo (*jusjurandum suppletorium*) è quello che il giudice per completare il suo convincimento deferisce ad una delle parti la quale abbia a suo favore una semiprova. Il purgativo (*jusjurandum purgatorium*) è quello che il Giudice per completare il suo convincimento deferisce ad una delle parti quando questa abbia a suo favore una prova, ma vi siano contro di essa delle presunzioni e dei sospetti, che la debilitano, e che verrebbero ad essere esclusi col giuramento (2). Contro queste due specie di giuramento si fanno le più vive obbiezioni, perchè non è la parte che transige facendo appello alla coscienza dell' altra, ma è il Giudice che arbitrariamente decide con la coscienza, forse anche poco delicata, di una delle parti interessate. La giustificazione, che si dà in dritto romano per queste due specie di giuramento, è che il Giudice era ligato dalla massima — *testis unius, testis nullius* — di cui si è discorso al § 1061, onde essendovi un sol testimone degno di fede, il Giudice potea far ricorso a cosiffatti giuramenti fr. 31 *de jurejurando* 12, 2; fr. 3 *de rebus creditis et jurejurando* 4, 1, Voet *ad Pandectas* Tit. *jurejurando* n. 29 (3). Per altro tali due giuramenti non hanno la forza di transazione come l'à il decisorio, ma invece hanno l' effetto di pura prova, e non possono riferirsi all'avversario (4).

§ 1075. Il giuramento estimativo (*jusjurandum in litem*) è quello che si deferisce dal Giudice all'attore soltanto per conoscere il valore della cosa domandata. Condizioni sono — 1° che la domanda

---

ma non possono annullare a danno degli altri l'obbligazione, abbandonandola alla buona fede del debitore. Una disposizione analoga a questa si legge nell'art. 1185.

(1) Teoria uniforme, art. 1363 Cod. civ.

(2) Per Codice civile sono riconosciuti questi due giuramenti ed hanno il solo nome di giuramento deferito di uffizio, art. 1375.

(3) Ma oggi, essendo libero il convincimento del Giudice, anche con un sol testimone, come si è detto in nota al § 1061, sembra che questi due giuramenti non dovessero ammettersi, e dovrebbe valere il principio di diritto che chi non prova è respinto.

(4) Teoria uniforme, art. 1374, 1375, e 1376 Cod. civ.

Digitized by Google

sia provata — 2° che sia impossibile provare il valore altrimenti che col giuramento. Il giuramento estimativo si distingue in giuramento di verità e di affezione, secondochè si tratti di conoscere il vero prezzo della cosa, o il prezzo che à in rapporto alla singolare affezione di chi deve averla, e il Giudice può stabilire una somma oltre la quale non presta fede, *ne arrepta occasione in immensum juretur* fr. 4 § 2 *de in litem jurando* 12, 3. Veggansi pure i fr. 1; 2 § 1; 5 § 1 *eodem* (1). Anche questo giuramento à l'effetto di sola prova, e non può riferirsi all'avversario fr. 4 § 1 *eodem* (2).

VIII.

Tacche o taglie di contrassegno (*tesserae frumentariae*)

§ 1076. Sono due bacchette delle quali si chiama taglia quella che resta presso il somministratore, e contrassegno l'altra presso il consumatore. I Romani ne usavano per la distribuzione del frumento della pubblica annona. Il principio di diritto è che la obbligazione è provata fino alla concorrenza dei segni comuni fr. 52 § 1 *de judiciis* 5, 1; fr. 49 § 1, e fr. 87 *de legatis* 31, 2; L. 2 Cod. *de frumento alexandrino* 11, 27 (3).

IX.

Perizia (*peritia*)

§ 1077. Il fine della perizia è di chiarire lo stato reale delle cose, e di illuminare la mente dei giudicanti.

Questo punto in diritto Romano è bastantemente oscuro non trovandosi nel corpo del diritto un titolo che ne parli di proposito.

La ragione di tale oscurità è che nei tempi del sistema formulario erano date al giudice pedaneo ampie facoltà di giudicare *ex bono et aequo* anche per riguardo a ciò che avrebbe dovuto formare oggetto di stima, come si legge nelle Istituzioni, al titolo *de actionibus*, § 30. Ond'è che il Mayns dice che sotto quel sistema, nella più parte dei casi, erano riunite in una stessa persona le funzioni di giudice e di perito. Ma quando il *jus* ed il *judicium* vennero riu-

---

(1) Per Codice civile la teoria è uniforme, art. 374 e 377, ma il giuramento estimativo è di sola verità, e il giudice deve sempre determinare la somma sino alla quale presterà fede, art. 1377 Cod. civ.

(2) Teoria uniforme, art. 1374, 1376, 1377 Cod. civ.

(3) Oggi queste taglie sono in uso specialmente presso i venditori di vino o di pane. La teoria è uniforme, art. 1332 Cod. civ.

Digitized by Google

niti, e si passò alla procedura straordinaria, i giudici più frequentemente adoprarono i periti. Come che sia, è certo che più raramente prima, e più frequentemente dopo, vennero adoperati i periti nei giudizii; e non poteva esserne di meno perchè i giudici si incontrano talvolta nella necessità di avere cognizioni di cose estranee alla loro istruzione ordinaria, onde il bisogno di rivolgersi a persone, cui le cognizioni medesime sieno familiari per la loro arte particolare.

Nel Digesto vi è il tilolo — *Si mensor falsum modum dixerit* 11,6, ed il *mensor* era colui che sapeva misurare le fabbriche e i terreni, e quel titolo è rivolto alla pena dovuta al perito che asserisse il falso. — Nel fr. 1, *de inspiciendo ventre* 25, 4, si parla di perizia che avrebbero dovuto fare delle ostetriche. Nella novella 64 Cap. I si parla di perizia da farsi nei giardini di Costantinopoli, per le quali Giustiniano vietò che si adoperassero i soli ortolani di quella città, ma i giudici si affidassero ancora ad altri *peritiam habentibus*. Si ha notizia di altri periti chiamati *agrimensores*, *cognitores* (Mayns, vol. 1° pag. 457).

Nei tempi posteriori al diritto Romano la teoria delle perizie venne bene stabilita, ed ebbe tutto lo svolgimento specialmente in Italia (Pisanelli, *Procedura*, pag. 182, vol. 3°).

Il principio cardinale, che venne stabilito, fu che il giudice non era obbligato a seguire l' avviso del perito — *Peritus non est judicis loco, sed consilio debet judicem instruere. Ita igitur instruendus est judex ut non judicio sed rationibus permoveatur.* (Pisanelli, volume speciale, pag. 220).

Dal momento che la perizia serve per illuminare il giudice, essa deve essere dal giudice disposta.

I periti non sono più che testimoni sopra un punto di fatto controverso, dapoichè per la retta definizione del fatto serve la perizia. I periti sono terze persone disinteressate, che al pari dei testimoni debbono parlare in giudizio, non di ciò che hanno veduto o sentito, ma di ciò che loro suggerisce la scienza o l' arte che posseggono, onde è d' uopo che essi prestino giuramento.

Laonde i tre principii fissati furono:

1.° che il giudice non è obbligato a seguire l' avviso dei periti, perchè egli deve giudicare secondo il suo intimo convincimento.

2.° che la perizia si debba disporre con sentenza.

3.° che i periti debbano prestare giuramento (1).

---

(1) Teoria uniforme, art. 252 a 270 Cod. proc. civile.

Digitized by Google

X.

Ispezione oculare del giudice (*ocularis inspectio judicis*)

§ 1078. È la prova che il Giudice à dalla vista stessa della cosa o de'luoghi, onde riesce assai pregiata perchè presenta all'occhio di lui quel certo insieme di combinazioni e rapporti che difficilmente si raccolgono in relazioni scritte. Specialmente riescono utili nelle quistioni di servitù e di confini. Il principio di dritto è che il giudice può disporre la sua ispezione quando la creda necessaria. *Nulla est major aut certior probatio quam quae fit per evidentiam rei, cum res ipsa loquitur.* — Fabro Def. 5 nota 7 pag. 1074 (1).

XI.

Presunzione (*praesumptio*).

§ 1079. La presunzione si poggia sulla verosimiglianza, cioè sulla cognizione astratta di ciò che suole accadere in natura, o che far suole, o a cui è inclinato un dato agente. La nozione direttiva della presunzione sta appunto *in eo quod verosimilius est, aut quod plerumque fit.* La definizione è — *conjecturae ex signo verisimili ad probandum assumptae, vel opiniones de re incerta nec dum penitus probatae.* Si dice *conjecturae* perchè la presunzione è una induzione che si fa da un fatto noto all'ignoto — *ex signo verosimili* perchè ogni presunzione si basa su ciò che ordinariamente accade — *ad probandum assumptae*, perchè quelle congetture si presentano come prove e tengono luogo di esse. L'altra definizione — *opiniones de re incerta nec dum penitus probatae* — cioè induzioni che si fanno da un fatto noto all'ignoto, che è incerto, per supplire al difetto della prova diretta mancante, riesce nel concetto identica alla precedente (2). La etimologia della parola presunzione si ripete da *sumere prae*, cioè dalla prenozione che ciascuno à di ciò che ordinariamente avviene.

§ 1080. L'ufficio delle presunzioni è nelle leggi assai ampio e importante. Il diritto civile ne fa moltissime, ed è mosso alcuna volta da vedute di ordine pubblico come per esempio per la paternità e filiazione, per la minore età, per la cosa giudicata ec.; ed altre volte da vedute di ordine privato, come ad esempio per la presunzione che il legato fatto dal debitore al creditore non è pel pagamento

(1) Teoria uniforme, art. 271 e seguenti Cod. proc. civ.
(2) Teoria uniforme, art. 1349 Cod. civ.

Digitized by Google

del debito, per la presunzione della libertà de'fondi ec. Il diritto civile permette anche al Giudice di far presunzioni ne'fatti occorrenti, e il Giudice ne fa specialmente quando la prova di un fatto è indiziaria. Onde la distinzione delle presunzioni in tre classi, cioè presunzioni *juris et de jure*, presunzioni *juris tantum*, presunzioni *hominis*. Le presunzioni *juris et de jure* essendo suggerite da ragioni di ordine sociale non ammettono prova in contrario. Le presunzioni *juris tantum* essendo dettate per ragioni di ordine privato, ammettono prova contraria. È regola che senza dichiarazione della Legge, ogni presunzione che questa fa, è *juris tantum*, e si ammette la prova contraria. Le presunzioni *hominis* sono permesse al Giudice secondo la varietà de'fatti e delle prove, ma con una triplice limitazione, cioè 1° gli argomenti non debbono essere leggieri — 2° nè debbono consistere in meri sospetti — 3° nè debbono collidersi fra loro. Per le presunzioni *juris tantum*, e per le presunzioni *hominis*, è regola che la presunzione cede alla realtà, perchè nella realtà sta la certezza Voet *ad Pandectas* Tit. *de probationibus et praesumptionibus* § 14 e seg. Romagnosi, vedute fondamentali sull'arte logica § 646 a 955, vol. 1, parte 1, edizione de Giorgi — Diritto filosofico positivo vol. 7 parte 1, nota 11ª appresso al § 982 pag. 544 edizione de Giorgi (1).

---

(1) Per Codice civile, la teoria è uniforme, art. 1349, 1350, 1352 e 1354, ma giova ben precisarne il dettame.

Il Codice dice che in generale le presunzioni legali (siano *juris et de jure*, siano *juris tantum*) sono quelle che la legge attribuisce a certi atti o a certi fatti, art. 1350 prima parte; e ricorda 1. gli atti che la legge dichiara nulli per la loro qualità come fatti in frode delle sue disposizioni, art. 1350 n. 1, quale ad esempio sarebbe la locazione fatta per un prezzo inferiore di un terzo a quello risultante da perizia, o da locazioni precedenti, quante volte lo stabile locato siesi venduto all'asta pubblica, art. 687 Cod. proc. civ. — 2. i casi ne' quali la Legge dichiara che la proprietà o la liberazione risulta da alcune determinate circostanze, art. 1350 n. 2, quali sono ad esempio la comunione de' muri dei fossi, e delle siepi, art. 546, 555, 556, 565, 568, e 569, e la prescrizione, art. 2105 e seguenti — 3 l'autorità della cosa giudicata, art. 1350 n. 3.

Il Codice distingue poi nettamente le presunzioni legali *juris et de jure*, le presunzioni *juris tantum*, e le presunzioni *hominis*. E dice nell'art. 1353 che le prime hanno quando sul fondamento di esse si annullano certi atti (come ad esempio la disposizione di ultima volontà e la donazione fatta ad un incapace per interposta persona, art. 773 e 1053), o si nega l'azione in giudizio (come ad esempio il disconoscimento della paternità pel caso previsto nell'art. 161). Il Codice aggiunge in quell'art. 1353 *salvo, che la legge abbia riservato la prova in contrario* (e se ne avrebbe un esempio nelle eccezioni fatte a quell'art. 161). — In quanto poi alle presunzioni *juris tantum*, il Codice dice esser quelle per le quali la legge dispensa da qualunque prova la parte nel cui favore essa ha luogo, ma ammette la prova in contrario, art. 1352 (come ad esempio la remissione del debito per la volontaria restituzione del titolo originale, art. 1279)

Digitized by Google

§ 1081. Se non che una delle più importanti e gravi presunzioni che fa la Legge, è quella relativa all'autorità della cosa giudicata, ond'è mestieri esporla con qualche cura.

Cosa giudicata.

§ 1082. È una necessità di porre un termine alle liti e di assicurare irrevocabilmente i vantaggi risultanti dalla sentenza alla parte che ha guadagnato la causa, sia che il giudice abbia pronunziato in favore dell'attore condannando il reo, oppure in favore di costui rigettando la domanda di quello. Per raggiungere codesto intento non v'è altro mezzo che attribuire alla sentenza passata in giudicato una forza di verità che protegga i giudicati definitivi contro ogni attacco e contro qualunque modificazione. Ciò si ottiene mediante una presunzione, la quale si basa anche qui su ciò che ordinariamente accade, dappoichè di solito le sentenze de' Magistrati toccano il vero, onde *ab eo quod plerumque fit,* si riconosce sempre in esse una verità. E perchè ne va di mezzo l'interesse sociale, la presunzione è *juris et de jure*, cioè non si può dimostrare il contrario. Invano dunque direbbesi che siasi giudicato a diritto o a torto: è da vedersi soltanto se esiste il giudicato, per averlo come una verità—*Res judicata pro veritate accipitur* fr. 207, *de regulis juris* 50, 17, e fr. 25 *de statu hominum* 1, 5.

La eccezione di cosa giudicata è stata sempre di uso frequente nei giudizii, e al segno che Ulpiano la chiama *volgare*, fr. 3 *de popularibus actionibus* 47, 23, ond'è d'uopo fissarne con precisione le regole.

Per conoscere se ad una domanda proposta in giudizio sia di ostacolo un giudicato, per vedere cioè se regga la *exceptio rei judicatae*, tutto si riduce all' esame del rapporto che passa tra un giudizio finito e un giudizio pendente, e bisogna perciò fissar bene la natura di tale rapporto.

Ogni giudizio ha la parte estrinseca, e la parte intrinseca. Nell'una rientrano le persone che prendono parte alla lite, e la cosa su cui la lite versa. Nell'altra la questione che tra loro si agita intorno alla cosa per cui si litiga. Il Giureconsulto Paolo nel Libro 70 *ad Edictum* scrisse

---

Se non che si abbia presente il principio già cennato, cioè che le presunzioni della legge sono sempre *juris tantum* fino a dichiarazione contraria ed espressa del Legislatore. Per la presunzione *hominis* poi, cioè per quelle permesse al Giudice, oltre alle limitazioni del Diritto Romano, v'è anche l'altra che deve trattarsi di caso in cui la legge ammette la prova testimoniale, art. 1354, e la ragione è che essendo stata limitata la prova testimoniale alle convenzioni, il cui oggetto non eccede le lire 500 come si è detto in nota al § 1061, era logico, richiedere la prova diretta e non la congetturale per la dimostrazione di convenzioni che eccedessero quel valore.

Digitized by Google

Cum quaeritur haec exceptio (rei judicatae) noceat necne? Inspiciendum est an idem corpus sit, et an eadem caussa petendi, et eadem conditio personarum, quae nisi omnia concurrunt, alia res est, fr. 12 e 14 *de exceptione rei judicatae* 44, 2.

Tre dunque sono i requisiti che debbono concorrere perchè possa aver luogo la eccezione di cosa giudicata, cioè la stessa cosa, la stessa causa, le stesse persone e con le medesime loro qualità, *eadem res, eadem causa petendi, eadem conditio personarum.* Esaminiamole partitamente.

Eadem res

§ 1083. La cosa dimandata dev'essere la stessa. Di che segue che di regola il giudicato pel tutto fa ostacolo per la parte *quia in toto et pars continetur* fr. 7 pr. e fr. 26, § 1, *de exceptione rei judicatae* 44, 2.

Ma il dubbio sta se il giudicato per la parte faccia ostacolo pel tutto. Su ciò si è molto disputato e a noi pare che debba seguirsi la dottrina del Savigny, il quale scrive a questo modo:

« Non abbiamo un principio assoluto e dobbiamo cercare in ciascun « caso se la seconda azione cade sulla stessa questione di diritto promossa dalla prima. Quando, per esempio, si dimanda uno dei fondi « che compongono una fattoria, e che quest'azione sia rigettata, ciò « non impedisce che più tardi si dimandi un altro fondo della medesima fattoria, poichè quei due fondi possono essere considerati come « due proprietà distinte. Però se si chiede con una nuova azione la « intera fattoria, l'eccezione della cosa giudicata sarà efficace per il « fondo disputato nel primo giudizio, ma non per le altre parti della « fattoria. Quando sopra una azione confessoria il *jus altius non tollendi* è stato negato per dieci piedi, e con una nuova azione questo « diritto è domandato per venti piedi, siffatta azione è respinta dal« l'eccezione della cosa giudicata, poichè cotesta servitù non potrebbe « esercitarsi senza la servitù più ristretta negata dal giudicato (fr. 26 « pr. *de exceptione rei judicatae* 44, 2). Hanno analogia con la relazione « ch'esiste tra il tutto e le sue parti le seguenti questioni.

« Quando una domanda d'interessi è stata rigettata, e più tardi si « chiedono altri interessi o il capitale, occorre sapere se l'eccezione « della cosa giudicata impedisce questa seconda dimanda. La stessa « questione può presentarsi allorchè la prima dimanda si riferisca agli « arretrati di una rendita, e la seconda ad altri arretrati, o al titolo « stesso di questa rendita. Qui ancora trattasi unicamente di sapere « se le due azioni hanno per base la stessa quistione di diritto. Quindi « se la prima azione è stata respinta perchè il giudice ha riconosciuto « che il capitale non era dovuto, o che non ci era rendita costituita,

Digitized by Google

« la seconda azione è respinta dalla eccezione. Sarebbe altramente se « il rigetto della dimanda si fosse dedotto dal pagamento degl'inte- « ressi scaduti o dalla compensazione degli arretrati. È lo stesso « quando il convenuto è stato condannato a pagare gl'interessi di un « credito, o gli arretrati di una rendita, dopo aver contestato il di- « ritto dell' attore al capitale o alla rendita; questo diritto si trova ga- « rantito dall'autorità della cosa giudicata in virtù della condanna ». (Savigny, Diritto Romano § 299).

Eadem caussa petendi

§ 1084. La *caussa petendi* non è nè più nè meno della quistione agitatasi fra i litiganti relativamente all'oggetto caduto in controversia. Ciò è tanto vero per quanto si parla di *eadem quaestio* nei fr. 3 e 7, § 1, *de exceptione rei judicatae* 44, 2; nè potrebbe essere altrimenti perchè la causa del domandare contrastata dall'avversario forma il tema che si sottopone al giudizio del magistrato, e costituisce il contratto giudiziario, secondoché abbiamo esposto al § 800.

Or due sono le regole che debbono aversi presenti per questo secondo elemento caratteristico della cosa giudicata, e vennero così formolate dal Savigny:

1. Quando due azioni si riferiscano a due quistioni di diritto diverse, ancorchè ci fosse tra esse un' apparente identità, l' eccezione della cosa giudicata è inapplicabile.

2. Quando invece due azioni danno luogo alla medesima quistione di diritto, l' eccezione della cosa giudicata à luogo malgrado le differenze apparenti (Savigny, Diritto Rómano § 296).

Molti esempii si potrebbero presentare per la prima regola, ma ne basti un solo, cioè quello delle azioni di proprietà e di possesso intentate pel medesimo fondo fr. 14 § 3 *de exceptione rei judicatae* 44, 2. Veggansi per altri casi il fr. 12 § 1 *de adquirenda vel amittenda possessione* 41, 2, e il fr. 11 § 6 *de exceptione rei judicatae* 44, 2.

Quanto poi alla seconda di quelle regole, la differenza tra i due giudizii non si calcola ed avrà luogo la eccezione di cosa giudicata, se il diritto, il quale à formato subbietto del primo, è nell'altro una condizione necessaria della domanda dell' attore, come ad esempio quando alcuno volesse chiedere la divisione di un fondo dopo che fu respinta la domanda di lui per la comproprietà del fondo medesimo fr. 8 e fr. 11 § 3 *de exceptione rei judicatae* 44, 2; fr. 25 § 8 *familiae herciscundae* 10, 2 — Del pari non si calcola la differenza tra i due giudizii ed á luogo la eccezione di cosa giudicata quando chi è stato attore in un giudizio rappresenti nell' altro la parte di con-

Digitized by Google

venuto — Così se alcuno dopo aver perduto una lite di rivendicazione di un fondo contro di lui istituita, intentasse la medesima azione contro il suo avversario, incontrerebbe l' ostacolo della cosa giudicata fr. 30 § 1; fr. 15; fr. 19 *de exceptione rei judicatae* 44, 2 — Rigettata una domanda opposta in compensazione, non si potrebbe poi farla valere in giudizio separato fr, 7. § 1, *de compensationibus* 16 2; fr. 1 § 4, *de contraria tutelae et utili actione* 27, 4.

In generale poi la differenza nell' origine delle azioni non impedisce la eccezione di cosa giudicata nelle azioni reali, ma la impedisce nelle azioni personali.

Imperciocchè, se fu esercitata l' azione reale senza esprimere una causa speciale, tutte le cause vi si reputano comprese, sicchè l' azione reale non può essere di nuovo esercitata, mentre se fu una volta esercitata l' azione personale, si può di nuovo procedere con un' altra causa.

La ragione sta nel principio che *amplius quam semel res mea esse non potest*; *saepius autem deberi potest*, fr. 14 § 2 *de exceptione rei judicatae* 44. 2 — Veggasi anche il fr. 11 § 5 *eodem*.

Eadem conditio personarum.

§ 1085. La eccezione di cosa giudicata può valere soltanto tra le stesse persone che presero parte nel primo giudizio e che abbiano agito nella medesima qualità.

È d' uopo che le persone siano le stesse, perchè il giudicato, poggiando sul quasi contratto giudiziario (vedi § 800), non può a somiglianza de' contratti (vedi § 743) giovare o nuocere a' terzi L. 2 cod. *quibus res judicata non nocet* 7, 56; fr. 63 *de re judicata* 42, 1, fr. 14 *de exceptione rei judicatae* 44, 2.

Ma la persona è la stessa se mai sia stata da altri legalmente rappresentata fr. 11, § 7 *de exceptione rei judicatae*, 44, 2. Specialmente poi l' erede si considera come la stessa persona del defunto *quia heres est successor in omne jus quod defunctus habuit*, fr. 62 *de regulis juris* 50, 17, novella 48 *in praefat.*

Anche i successori a titolo singolare si considerano come la stessa persona del loro autore quando i loro titoli di acquisto fossero posteriori alle domande contro di lui dirette da' terzi.

Così ad esempio, se Tizio spinse azione vendicatoria di un fondo contro di Cajo, e questi dopo tale azione vendè il fondo a Sempronio, il giudicato per lo quale si facesse diritto all'azione di Tizio avrà effetto anche contro l' acquirente Sempronio fr. 11 § 3, 9, e 10; fr. 28 e 29 § 1 *de exceptione rei judicatae* 44, 2, fr. 3 § 1 *de pignoribus et hypothecis* 20, 1.

Digitized by Google

Ma viceversa il giudicato contro il successore a titolo singolare non potrebbe essere opposto al suo autore se non quando questi fosse stato chiamato in causa da quello, o almeno gli si sia denunciata la lite, perchè sebbene sia obbligo dell' autore di assumere la lite in difesa del successore, pure per assumerla deve averne conoscenza.

Che se, non ostante la denuncia della lite, l' autore non si presenti in giudizio, il giudicato si può a lui opporre perchè si presume la tacita adesione di lui a che a suo rischio la lite sia proseguita dal successore fr. 9 § 2 e fr. 10 *de exceptione rei judicatae* 44, 2, Voet allo stesso titolo n. 5.

§ 1086. Rapporto poi alla stessa qualità delle persone è mestieri che vi sia, perchè se si agisca nel posteriore giudizio in qualità diversa, viene la persona ad essere giuridicamente tutt' altra.

Così, se in una prima lite alcuno agisca come tutore, e nella seconda nel suo particolare interesse, il giudicato non potrebbe opporglisi. — Così del pari se nel secondo giudizio la domanda è poggiata dall' attore alla qualità di erede di una persona cui non era egli succeduto quando fu fatto il giudizio primiero, il giudicato in questo emesso non gli si può opporre, fr. 1 *quibus res judicata non nocet* 7, 56; fr. 11 *de exceptione rei judicatae* 44, 2.

Cosa giudicata in rapporto a' motivi.

§ 1087. È questo un punto su cui giova avere una norma, perchè è disputato vivamente se l' autorità della cosa giudicata sta nel solo dispositivo, ovvero in esso e ne' motivi.

Quando s' impegna una contestazione, sorgono de' rapporti di diritto tra litiganti, e su tali rapporti il giudice deve pronunziare con l' assoluzione o con la condanna.

Il giudice fa la motivazione della sua sentenza, ma alle volte, estrinsecando le ragioni che influiscono sul suo spirito, non si mantiene nei limiti rigorosi di que' rapporti di diritto.

Or la norma è che la motivazione relativa a' rapporti di diritto contestati fra le parti forma un tutto integrante col dispositivo ed acquista l' autorità di cosa giudicata. — La motivazione che per poco se ne discosti non acquista una somigliante autorità. — Savigny Diritto Romano § 291 a 294.

Qui bisogna esser chiari, e spiegarci con esempii.

S' impegna una contestazione per revindicazione di un fondo. — Se il convenuto non lo possiede, e la domanda dell' attore perciò è respinta, è certo che il dispositivo di rigetto viene spiegato dalla motivazione, la quale acquista forza di giudicato perchè schiarisce che

Digitized by Google

il rigetto è limitato unicamente al rapporto di diritto della mancanza di possesso, a tal che se il convenuto acquistasse di poi quel fondo la *exceptio rei judicatae* non troverebbe luogo. *Si absolutus fuerit adversarius quia non possidebat, rei judicatae exceptio locum non habebit* fr. 18 pr. *de exceptione rei judicatae* 44, 2.

Da un' azione reale, passiamo ad un azione personale.

Citato alcuno pel pagamento di una data somma, il convenuto può opporre la compensazione con altro suo credito.

Ma può accadere che il credito opposto non esista, ovvero non sia liquido. — Il dispositivo della sentenza rigetta la compensazione, ma la motivazione schiarisce se il rapporto di diritto sopra cui il giudice ha pronunziato era relativo alla inesistenza o alla illiquidità del credito che si volea compensare, onde la motivazione acquista forza di giudicato. *Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio, nec enim rei judicatae exceptio objici potest, aliud dicam si reprobavit pensationem, quasi non existente debito: tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio* fr. 7 § 1 *de compensationibus* 16, 2.

Valgano codesti esempii per la motivazione che si mantiene nei limiti de' rapporti di diritto contestati fra le parti.

Diamone ora qualcuno per la motivazione che esca da codesti limiti. — In generale ciò accade quando il giudice cerchi di rafforzare il suo concetto sulla pronunzia che emette intorno a' rapporti di diritto contestati accennando ad altri rapporti di diritto analoghi. — Se, ad esempio, istituitosi un giudizio possessorio, il giudice non invada il petitorio, ma vi fa qualche accenno per rendere più plausibile la sentenza che pronunzia sul possesso, la motivazione relativa al petitorio non acquista l'autorità di cosa giudicata.

Il Savigny chiama *obbiettive* le considerazioni del giudice che si riferiscono a' rapporti di diritti litigiosi, perchè versano sull' obbietto caduto in contestazione, e *subbiettive* le altre perchè influiscono soltanto come un motore sullo spirito del giudice per impegnarlo alla sua pronunzia. Savigny, Diritto Romano § 291 (1).

(1) Tutta la teoria della cosa giudicata è uniforme per Codice Civile Italiano, e a base dell' art. 1351.

FINE

Digitized by Google

INDICE

SECONDO IL SISTEMA DELL'OPERA

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE ALFABETICO PER MATERIE

A

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

D

Digitized by Google

E

F

Digitized by Google

G

Digitized by Google

H

I

Digitized by Google

L

Digitized by Google

Digitized by Google

M

Digitized by Google

N

O

Digitized by Google

P

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Q

R

Digitized by Google

S

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

T

Digitized by Google

U

Digitized by Google

V

Digitized by Google

INDICE

PER

ARTICOLI DEL CODICE CIVILE

Digitized by Google

Art. 60. § 151 p. 121 — § 224 p. 188.
» 61. § 139 p. 112 — § 337 p. 308.
» 62. § 156 p. 124.
» 63. § 143 p. 115 — § 172 p. 137.
» 64. § 143 p. 115.
» 65. § 143 p. 115
» 67. § 143 p. 115.
» 68. § 151 p. 120 e 121 — § 158 p. 126
» 69. § 27 p. 16.
» 70. § 135 p. 109 — § 136 p. 110 — § 157 p. 125.
» 71. § 157 p. 125.
» 72. § 157 p. 125.
» 73. § 135 p. 109 — § 157 p. 125.
» 74. § 135 p. 109 — § 157 p. 125.
» 75. § 157 p. 125.
» 77. § 157 p. 125.
» 78. § 157 p. 125.
» 79. § 135 p. 109 — § 157 p. 125.
» 80. § 157 p. 125.
» 81. § 136 p. 110 — § 157 p. 125.
» 82. § 135 p. 109 — § 136 p. 110.
» 86. § 152 p. 129.
» 90. § 135 p. 109.
» 92. § 27 p. 16 — § 136 p. 110.
» 93. § 138 p. 111 — § 147 p. 118.
» 94. § 138 p. 111 — § 319 p. 293.
» 95. § 138 p. 111.
» 98. § 138 p. 111.
» 99. § 138 p. 111.
» 100 § 145 p. 116.
» 103. § 145 p. 116
» 104. § 144 p. 116 — § 147 p. 117 — § 156 p. 124 — § 320 p. 294.
» 105. § 141 p. 114 — § 142 p. 115.
» 106. § 141 p. 114 — § 142 p. 115.
» 107. § 141 p. 114 — § 153 p. 122.
» 108. § 143 p. 115.
» 109. § 143 p. 115.
» 111. § 672 p. 731.
» 112. § 139 p. 112.
» 113. § 144 p. 116 — § 432 p. 384.
» 114. § 144 p. 116.
» 115. § 144 p. 116.
» 116. § 157 p. 125.
» 117. § 138 p. 112.
» 118. § 138 p. 112.
» 120. § 138 p. 112
» 122. § 138 p. 112.
» 123. § 157 p. 125.
» 128. § 157 p. 125 — § 166 p. 131 — § 577 p. 571.
» 130. § 159 p. 126 — § 320 p. 294.
» 131. § 94 p 72 e 73 — § 159 p. 126 — § 160 p. 126 — § 252 p. 219 — § 320 p. 294.
» 132. § 94 p. 73 — § 159 p. 126 — § 160 p. 126 — § 231 p 193 — § 320 p. 294 — § 584 p. 591 — § 1008 p. 1045.
» 133. § 406 § 360.

Art. 134. § 104 p. 83 — § 160 p. 127 — § 252 p. 219 — § 1000 p. 1042.
» 136. § 160 p. 127.
» 137. § 160 p. 127.
» 138. § 170 p. 135 — § 204 p. 173 — § 229 p. 191 — § 230 p. 192 § 231 p. 192.
» 139. § 231 p. 193 — § 483 p. 449
» 140. § 231 p. 193.
» 141. § 231 p. 192 e 193 — § 487 p. 452.
» 142. § 231 p. 193.
» 143. § 232 p. 193 — § 648 p. 707.
» 144. § 232 p. 193.
» 145. § 231 p. 193 — § 487 p. 452
» 147. § 172 p. 137 — § 175 p. 140.
» 148. § 161 p. 128.
» 149. § 161 p. 128.
» 150. § 161 p. 128.
» 151. § 161 p. 128.
» 152. § 161 p. 128.
» 154. § 161 p. 128.
» 155. § 161 p. 128.
» 156. § 161 p. 128.
» 157. § 161 p. 128 — § 483 p. 449.
» 158. § 161 p. 128 — § 406 p. 360.
» 159. § 205 p. 175 — § 208 p. 176 — § 406 p. 360.
» 160. § 208 p. 176.
» 161. § 79 p. 55 — § 208 p. 177.
» 162. § 208 p. 177.
» 163. § 208 p. 177.
» 164. § 208 p. 177.
» 165. § 208 p. 177.
» 166. § 305 p. 257 — § 423 p. 375.
» 169. § 208 p. 177 — § 540 p. 514.
» 170. § 114 p. 96 — § 209 p. 178.
» 171. § 209 p. 178.
» 172. § 27 p. 16 — § 209 p. 178.
» 174. § 209 p. 178.
» 175. § 209 p. 178.
» 179. § 205 p. 175 — § 206 p. 176 — § 221 p. 183 — § 584 p. 588 — § 689 p. 771.
» 180. § 212 p. 179 — § 221 p. 183.
» 181. § 114 p. 94 — § 221 p. 184 — § 320 p. 294.
» 182. § 221 p. 184.
» 184. § 221 p. 184 — § 240 p. 202 — § 250 pag. 216 — § 584 p. 588.
» 185. § 221 p. 184.
» 186. § 221 p. 184.
» 187. § 584 p. 588.
» 189. § 221 p 184.
» 190. § 221 p. 184.
» 193. § 221 p. 183 e 184.
» 194. § 205 p. 175 — § 206 p. 176 — § 211 p. 178 — § 213 p. 180 — § 223 p. 186 — § 250 p. 216.
» 195. § 223 p. 186.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Art. 418. § 274 p. 236 — § 276 p. 238 § 277 p. 239 — 279 p. 240 e 241.
» 419. § 274 p. 236 — § 278 p. 239.
» 420. § 274 p. 236 — § 278 p. 239.
» 421. § 274 p. 236.
» 422. § 274 p. 236 — § 654 p. 714.
» 423. § 274 p. 236 — § 654 p. 715 — § 871 p. 946.
» 424. § 274 p. 236 — § 654 p. 714.
» 425. § 275 p. 236.
» 426. § 275 p. 236 — § 292 p. 247 § 294 p. 248 — § 296 p. 249 — § 443 p. 396.
» 427. § 275 p. 236 — § 293 p. 248 § 296 p. 249 — § 443 p. 396 — § 483 p. 449 — § 487 p. 452 — § 488 p. 453 — § 491 p. 455 — § 496 p. 469.
» 428. § 275 p. 236.
» 429. § 275 p. 236 — § 293 p. 248 § 294 p. 248.
» 430. § 275 p. 236 — § 284 p. 243 — § 443 p. 396 — § 871 p. 946.
» 431. § 275 p. 236.
» 432. § 275 p. 236 — § 284 p. 243 — § 292 p. 247 — 293 p. 248 § 294 p. 248 — 296 p. 249 § 443 p. 396.
» 433. § 128 p. 100 — § 275 p. 236 § 572 p. 562 — § 574 p. 564 — § 651 p. 710.
» 434. § 128 p. 100 — § 275 p. 236.
» 435. § 275 p. 236.
» 436. § 323 p. 299 — § 365 p. 320 § 366 p. 321 — § 368 p. 323 — § 496 p. 468 — § 520 p. 498 — § 521 p. 498. § 521 p. 499 — § 646 p. 704 — 646 p. 706 — § 811 p. 893 — § 835 p. 914.
» 437. § 367 p. 322.
» 438. § 366 p. 321 — § 870 p. 944.
» 439. § 348 p. 311 — 352 p. 313 — § 366 p. 321 — 371 p. 326 § 372 p. 326 — § 372 p. 327 — § 667 p. 728 — § 375 p. 329 — § 402 p. 355 — § 405 p. 358 — § 436 p. 389 — § 626 p. 664 — § 729 p. 819 — § 822 p. 904 § 835 p. 914 — 853 § p. 929 — 905 p 957 — § 1022 p. 1052 — § 1023 p. 1054.
» 440. § 366 p. 320.
» 441. § 397 p. 353 — § 399 p. 354 — § 405 p. 358 — § 405 p. 359 — § 406 p. 360.
» 443. § 287 p. 244 — § 365 p. 320 § 366 p. 320 — § 366 p. 321 — § 375 p. 329 § 381 p. 337 — § 381 p. 338 — § 484 p. 450 — § 487 p. 451 — § 487 p. 452 — § 488 p. 453 — § 647 p. 706 — § 752 p. 851 — § 811 p. 893.
Art. 444. § 289 p. 245 — § 381 p. 337 — § 381 p. 338 — § 392 p. 349 — § 628 p. 667 — § 762 p. 851.
» 445. § 390 p. 346 — 392 p. 349 — § 628 p. 667.
» 446. § 397 p. 353.
» 447. § 381 p. 337.
» 448. § 381 p. 337.
» 449. § 375 p. 330 — § 386 p. 342 § 390 p. 346.
» 450 § 288 p. 245 — § 375 p. 330 § 386 p. 342 — § 390 p. 346 — § 405 p. 359 — § 510 p. 488.
» 451. § 386 p. 342 — § 390 p. 346.
» 452. § 405 p. 359.
» 453. § 383 p. 340.
» 454. § 383 p. 340.
» 455 § 383 p. 340 — § 488 p. 453.
» 456. § 383 p. 340.
» 457. § 383 p. 339.
» 460. § 383 p. 339.
» 461. § 383 p. 340.
» 463. § 388 p. 345.
» 464. § 385 p. 341.
» 465. § 287 p. 244.
» 466. § 380 p. 337 — § 385 p. 341.
» 468. § 387 p. 344.
» 469. § 387 p. 344.
» 470. § 387 p 344.
» 471. § 380 p. 337 — § 388 p. 345.
» 472. § 388 p. 345.
» 473. § 380 p. 337 — § 388 p. 345.
» 474. § 380 p. 337 — 388 p. 345.
» 475. § 380 p. 387 — § 388 p. 345.
» 476. § 472 p. 435 — § 500 p. 476 § 501 p. 477 — § 503 p. 479 — § 515 p. 494 — § 516 p. 494 — § 646 p. 705.
» 477. § 181 p 148 — § 472 p. 433 — § 500 p. 476 — § 505 p. 480 — § 508 p. 484 — § 510 p. 448 — § 512 p. 490 — § 515 p. 493 — 516 p. 494 — § 518 p. 497 — § 525 p. 502 — § 646 p. 704 — § 646 p. 706 — § 902 p. 973.
» 478. § 503 p. 478 — § 503 p. 479 — § 516 p. 494 — § 518 p. p. 497.
» 479. § 505 p. 480.
» 480. § 505 p. 480 — § 646 p. 705.

Digitized by Google

Digitized by Google

Art. 560. § 477 p. 445.
» 561. § 477 p. 445.
» 562. § 471 p. 429 — § 471 p. 430.
» 563. § 471 p. 429 — § 471 p. 430.
» 564. § 471 p. 429.
» 567. § 910 p. 981.
» 568. § 478 p. 447.
» 569. § 390 p. 346.
» 570. § 471 p. 429 — § 471 p. 432 — 476 p. 444 — § 477 p. 445.
» 571. § 471 p. 429 — § 476 p. 444 — § 479 p. 447.
» 572. § 479 p. 447.
» 573. § 478 p. 447.
» 575. § 475 p. 443 — § 478 p. 447.
» 578. § 492 p. 458.
» 579. § 478 p. 447.
» 580. § 50 p. 29 — § 478 p. 447.
» 582. § 475 p. 443.
» 583. § 471 p. 432 — § 477 p. 445.
» 584. § 471 p. 432.
» 585. § 471 p. 432.
» 587. § 461 p. 415 — § 471 p. 432 — § 479 p. 447.
» 588. § 461 p. 415.
» 589. § 471 p. 432.
» 591. § 461 p. 415 — § 471 p. 431 — § 480 p. 448.
» 592. § 466 p. 420 — § 466 p. 421 — § 493 p. 461.
» 593. § 466 p 421 — §.
» 595. § 828 p. 909.
» 596. § 828 p. 910.
» 598. § 466 p. 420 — § 493 p. 461 — § 494 p. 464 — § 496 p. 468.
» 599. § 487 p. 452 — § 493 p. 460. § 493 p. 461 — § 828 p. 909.
» 600. § 121 p. 101.
» 601. § 828 p. 909.
» 602. § 493 p. 460 — § 493 p. 461.
» 603. § 493 p. 461.
» 604. § 493 p. 461.
» 605. § 493 p. 461.
» 606. § 493 p. 461 — § 497 p. 469.
» 607. § 493 p. 461.
» 608. § 81 p. 56 — § 493 p 461.
» 609. § 497 p. 472.
» 610 § 497 p. 472.
» 611. § 497 p. 472.
» 612. § 497 p. 472.
» 613. § 492 p. 458.
» 614. § 397 p. 353.
» 615. § 466 p. 420.
» 616. § 463 p. 418 — § 468 p. 422 — § 470 p. 426 — § 471 p. 431 — § 471 p. 433 — § 472 p. 433 — § 471 p. 432 — § 472 p. 434. § 472 p. 435 — § 474 p. 437 — § 474 p. 442 — § 500 p. 476.
Art. 617. § 470 p. 427.
» 618. § 470 p. 427.
» 620. § 397 p. 353 — § 492 p. 457.
» 621. § 492 p. 457.
» 622. § 492 p. 457.
» 623. § 492 p. 458
» 624. § 305 p. 257 — § 492 p. 457 — § 492 p. 458.
» 625. § 492 p. 457
» 627. § 494 p. 466.
» 628. § 494 p. 466.
» 629. § 407 p. 361 — § 463 p. 418 — § 469 p. 425 — § 474 p. 441.
» 630. § 344 p. 310 — § 407 p. 361— § 463 p. 418 — § 469 p. 425 — § 474 p. 441 — § 524 p. 501.
» 631. § 458 p. 412— § 469 p. 425— § 470 p. 427.
» 632. § 469 p. 425.
» 633. § 469 p. 425.
» 634. § 469 p. 425 — § 524 p. 501.
» 635. § 468 p 424.
» 636. § 468 p. 425.
» 637. § 494 p. 464 — § 497 p. 469.
» 638. § 497 p. 469.
» 639. § 473 p. 436.
» 640. § 473 p. 435 — § 494 p. 464.
» 641. § 473 p. 436 — § 494 p. 464 — § 494 p. 465.
» 642. § 473 p. 436 — § 493 p. 461 — § 494 p. 464.
» 643. § 463 p. 417 — § 471 p. 430 — § 473 p. 436 — § 494 p. 464.
» 644. § 283 p. 243 — § 403 p. 356 — § 463 p. 418—473 p. 436 — § 515 p. 493.
» 645. § 403 p. 356 — 473 p. 435.
» 646. § 461 p. 415 — § 473 p. 435.
» 648. § 473 p. 436 — § 493 p. 460 — § 493 p. 361.
» 649. § 463 p. 417 — § 494 p. 464.
» 650. § 494 p. 465.
» 651. § 494 p. 465.
» 652. § 494 p. 465.
» 653. § 497 p. 469.
» 654. § 497 p. 469.
» 655. § 497 p. 469.
» 656. § 489 p. 450 — 497 p. 469.
» 557. § 494 p. 466 — 497 p. 472.
» 658. § 120 p. 100.
» 661. § 494 p. 466.
» 662. § 474 p. 438.
» 663. § 474 p. 438 — § 910 p. 981
» 664. § 474 p. 438 — § 474 p. 439

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Art. 1056. § 189 p. 159 — § 320 p. 294— § 866 p. 940 — § 981 p. 1030 — § 982 p. 1031 — § 1055 p. 1074.
» 1057. § 981 p. 1030.
» 1058. § 980 p. 128.
» 1059. § 980 p. 1028.
» 1060. § 128 p. 105 — § 574 p. 564 — § 980 p. 1028.
» 1061. § 320 p. 294 — § 980 p. 1028.
» 1062. § 189 p. 159—§ 409 p. 363— § 412 p. 366.
» 1063. § 980 p. 1028.
» 1065. § 135 p. 110 — § 985 p. 1033.
» 1066. § 135 p. 110 — § 985 p. 1033.
» 1067. § 135 p. 110—§ 980 p. 1028— § 985 p. 1033.
» 1068. § 135 p. 110—§ 189 p. 159— § 985 p. 1033.
» 1070. § 981 p, 1030.
» 1071. § 171 p. 141 — § 183 p. 143.
» 1074. § 984 p. 1032.
» 1076. § 845 p. 921 — § 984 p. 1032.
» 1077. § 984 p. 1032.
» 1078. § 991 p. 1036.
» 1079. § 320 p. 296 — § 991 p. 1036 — § 992 p. 1036.
» 1080. § 320 p. 296 — § 992 p. 1036.
» 1081. § 320 p. 296 — § 985 p. 1033 — § 989 p. 1035.
» 1082. § 989 p. 1035.
» 1083. § 79 p. 55 — § 320 p. 296— § 368 p. 323 — § 990 p. 1035.
» 1085. § 990 p. 1035.
» 1087. § 989 p. 1035 — § 990 p. 1036.
» 1088. § 990 p. 1035 — § 992 p. 1036.
» 1089. § 991 p. 1036 — § 992 p. 1036.
» 1090. § 990 p. 1036.
» 1091. § 587 p. 599 — § 587 p. 601.
» 1092. § 587. p. 601.
» 1093. § 587 p. 601.
» 1097. § 730 p. 821—§ 734 p. 822.
» 1098. § 229 p. 190—§ 306 p. 261— § 312 p. 276—§ 320 p. 295. § 472 p. 435 — § 549 p. 522 — § 736 p. 826 — § 739 p. 829—§ 763 p. 852— § 763 p. 845—§ 784 p. 864— § 813 p. 894 § 862 p. 934— § 862 p. 935 — § 886 p. 940 — § 956 p. 1016 — § 958 p. 1017.
» 1099. § 737 p. 827.
» 1100. § 737 p. 827.

Art. 1101. § 737 p. 828 — § 873 p. 847 — § 874 p. 948
» 1102. § 737 p. 828.
» 1103. § 736 p. 826 — § 839 p. 917 — § 894 p. 965 — § 908 p. 979.
» 1104. § 103 p. 82—§ 736 p. 826— § 739 p. 829 — § 754 p. 841 — § 822 p. 904 — § 822 p. 905 — § 866 p. 941
» 1105. § 740 p. 829.
» 1106. § 103 p. 82—§ 247 p. 211— § 320 p. 295 — § 740 p. 830 — § 763 p. 845 — § 1064 p. 1081.
» 1107. § 103 p. 82 — § 247 p. 211.
» 1108. § 320 p. 295 — § 708 p. 796 — § 868 p. 941 — § 875 p. 948.
» 1109. § 306 p. 259 — § 320 p. 295.
» 1110. § 306 p. 261— § 320 p. 296.
» 1111. § 308 p. 268—§ 320 p. 295— § 743 p. 832.
» 1112. § 142 p. 115 — § 308 p. 268.
» 1113. § 308 p. 268 — § 873 p. 847.
» 1114. § 308 p. 268.
» 1115. § 307 p. 261 — § 743 p. 832.
» 1116. § 284 p. 243—§ 296 p. 249— § 320 p. 295—§ 633 p. 681. § 646 p. 702 — § 673 p. 735 — § 741 p. 830 — § 853 p. 930—§ 871 p. 945— § 871 p. 946 — § 893 p. 964 — § 985 p. 1033 — § 1004 p. 1044.
» 1117. § 125 p. 140 — § 311 p. 273 — § 311 p. 274—§ 409 p. 363 — § 414 p. 367— §. 741 p. 830.
» 1118—§ 554 p. 531—§ 554 p. 532— § 554 p. 533—§ 554 p. 534— § 741 p. 830—§ 871 p. 945.
» 1119. § 306 p. 259 — § 311 p. 273 — § 597 p. 618 — § 631 p. 676 — § 742 p. 831 § 812 p. 894 — § 954 p. 1014 — § 1008 p. 1046— § 1064 p. 1081.
» 1120. § 742 p. 831.
» 1121. § 742 p. 831—§ 825 p. 907.
» 1122. § 742 p. 831 — § 754 p. 842 — § 825 p. 907.
» 1123. § 549 p. 522—§ 730 p. 821. 743 p. 831—§ 813 p., 894— § 877 p. 949 — § 883 p. 955.
» 1124. § 315 p. 282 — § 317 p. 290 — § 744 p. 834.
» 1125. § 409 p. 363 — § 412 p. 366 — § 414 p. 367 — § 850 p. 927 — § 851 p. 928 § 853 p. 929 — § 862 p.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

*

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Art. 1580. § 894 p. 966—§ 897 p. 968—§ 898 p. 969.
» 1581. § 897 p. 968.
» 1582. § 346 p. 311—§ 372 p. 326—§ 372 p. 327.
» 1583. § 309 p. 270—§ 895 p. 966—§ 899 p. 970.
» 1584. § 895 p 966—§ 898 p. 969.
» 1585. § 895 p. 966—§ 899 p. 970.
» 1586. § 895 p. 966.
» 1587. § 890 p. 962.
» 1588. § 309 p. 270—§ 895 p. 966.
» 1589. § 309 p. 270—§ 310 p. 272—§ 850 p. 927—§ 895 p. 966.
» 1590. § 895 p. 966.
» 1591. § 898 p. 969.
» 1592. § 898 p. 969.
» 1595. § 898 p. 969.
» 1597. § 895 p. 967.
» 1600. § 50 p. 29.
» 1603. § 278 p. 240.
» 1604. § 895 p. 966.
» 1605. § 895 p. 966.
» 1606. § 895 p. 966.
» 1608. § 888 p. 959.
» 1609. § 50 p. 30—§ 888 p. 959—§ 898 p. 969.
» 1610. § 898 p. 969.
» 1614. § 278 p. 240.
» 1617. § 894 p. 966—§ 897 p. 968.
» 1618. § 894 p. 966.
» 1620. § 310 p. 272.
» 1621. § 897 p. 968.
» 1622. § 898 p. 969.
» 1623. § 898 p. 969.
» 1624. § 898 p. 969.
» 1625. § 278 p. 239.
» 1626. § 278 p. 239.
» 1627. § 888 p. 960—§ 893 p 965—§ 896 p. 967—§ 897 p. 968.
» 1629. § 869 p. 942—§ 1033 p. 1060.
» 1630. § 896 p. 957.
» 1631. § 310 p. 272—§ 850 p. 927.
» 1632. § 897 p. 968.
» 1633. § 896 p. 967.
» 1639. § 423 p. 375—§ 896 p. 968.
1640. § 896 p. 968—§ 897 p. 968.
» 1641. § 899 p. 970.
» 1642. § 898 p. 970.
» 1644. § 896 p. 967.
» 1647. § 925 p. 996.
» 1648. § 897 p. 968—§ 925 p. 996.
» 1649. § 925 p. 996.
» 1650. § 925 p. 996.
» 1651. § 925 p. 996.
» 1652. § 925 p. 996.
» 1653. § 925 p. 996.
» 1654. § 925 p. 996.
» 1655. § 925 p. 996.
» 1656. § 925 p. 996.
» 1657. § 925 p. 996.
» 1658. § 925 p. 996.

Art. 1659. § 925 p. 996.
» 1660. § 925 p. 996.
» 1661. § 925 p. 996.
» 1662. § 925 p. 996.
» 1663. § 925 p. 996.
» 1664. § 925 p. 996.
» 1665. § 925 p. 996.
» 1667. § 925 p. 996.
» 1669. § 910 p. 981—§ 925 p. 996.
» 1670. § 925 p. 996.
» 1671. § 309 p. 270—§ 925 p. 996.
» 1672. § 311 p. 279—§ 925 p. 996.
» 1673. § 925 p. 996.
» 1674 § 925 p. 996.
» 1675. § 925 p. 996.
» 1676. § 925 p. 996.
» 1677. § 171 p. 136—§ 925 p. 996.
» 1678. § 925 p. 996.
» 1679. § 396 p. 352—§ 925 p. 996.
» 1680. § 925 p. 966.
» 1681. § 925 p. 996.
» 1682. § 925 p. 996.
» 1683. § 925 p. 996.
» 1684. § 925 p. 996.
» 1685. § 925 p. 996
» 1686. § 925 p. 996.
» 1687. § 625 p. 996.
» 1688. § 925 p. 996.
» 1691. § 925 p. 996
» 1692. § 925 p. 996.
» 1693 § 925 p. 996.
» 1694 § 925 p. 966.
» 1695. § 925 p. 966.
» 1696. § 925 p. 996.
» 1697. § 119 p. 100—§ 397 p 353—§ 737 p. 828—§ 919 p. 990—§ 920 p 991—§ 921 p 991—§ 945 p. 1009.
» 1698. § 920 p. 991.
» 1700. § 922 p. 992.
» 1701. § 551 p. 531—§ 554 p. 532—§ 554 p. 535—§ 922 p. 992—§ 923 p. 992.
» 1702. § 922 p. 992—§ 923 p. 992.
» 1703. § 923 p. 992.
» 1705. § 922 p. 992—§ 923 p. 993.
» 1706. § 922 p. 992—§ 923 p. 993.
» 1707. § 944 p. 1008.
» 1708. § 945 p. 1008.
» 1709. § 928 p. 1000—§ 950 p. 1012.
» 1710. § 889 p. 961—§ 928 p. 1000—§ 950 p. 1012.
» 1711. § 928 p. 1000.
» 1712. § 933 p. 1004—§ 950 p. 1012.
» 1713. § 933 p. 1004.
» 1714. § 309 p. 270—§ 933 p. 1004—§ 950 p. 1012.
» 1715. § 948 p. 1011.
» 1716. § 932 p. 1003—§ 950 p. 1012.
» 1717. § 930 p. 1001—§ 950 p. 1012.
» 1718. § 931 p. 1002.
» 1719. § 920 p. 991—§ 928 p. 1000.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google